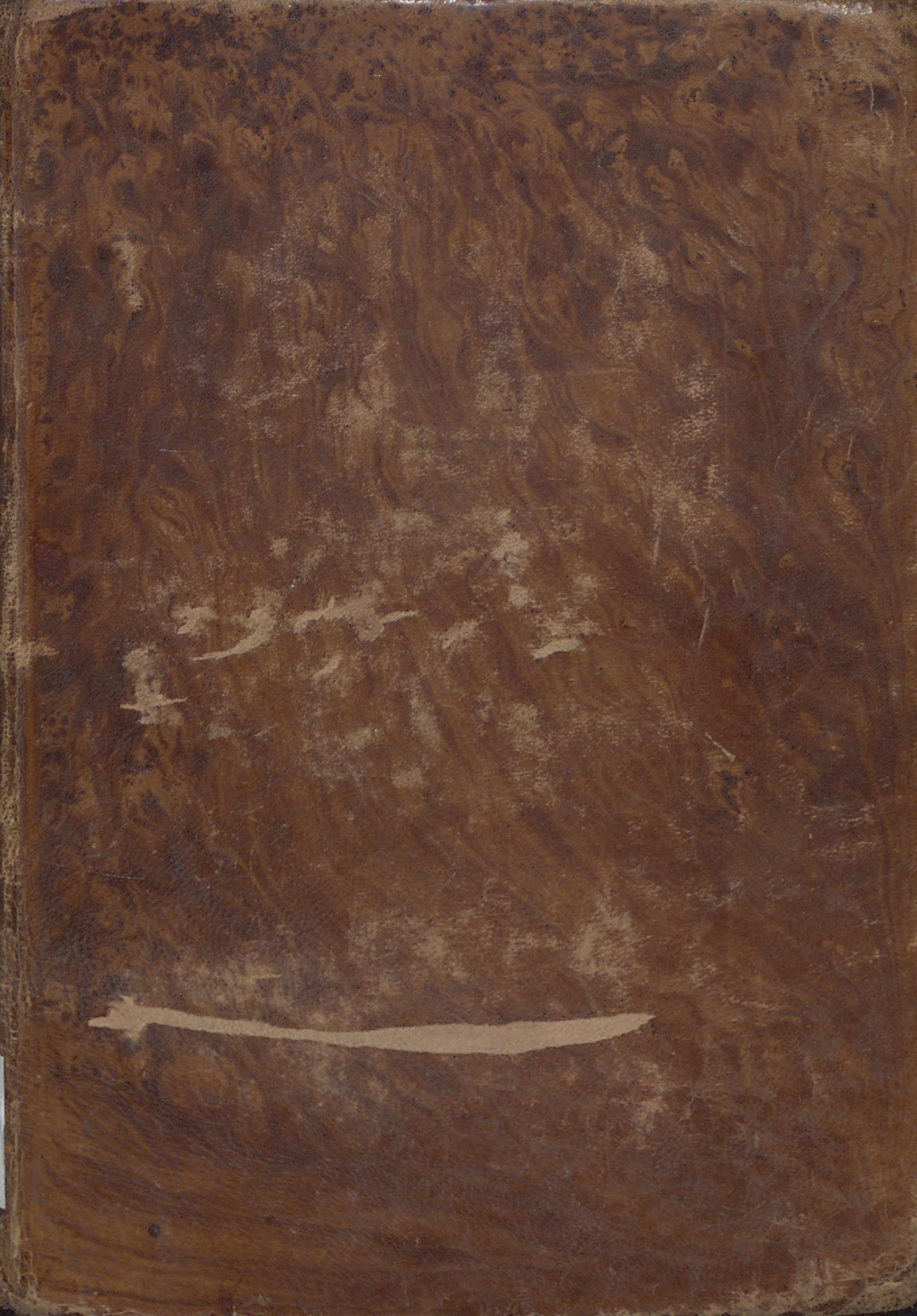
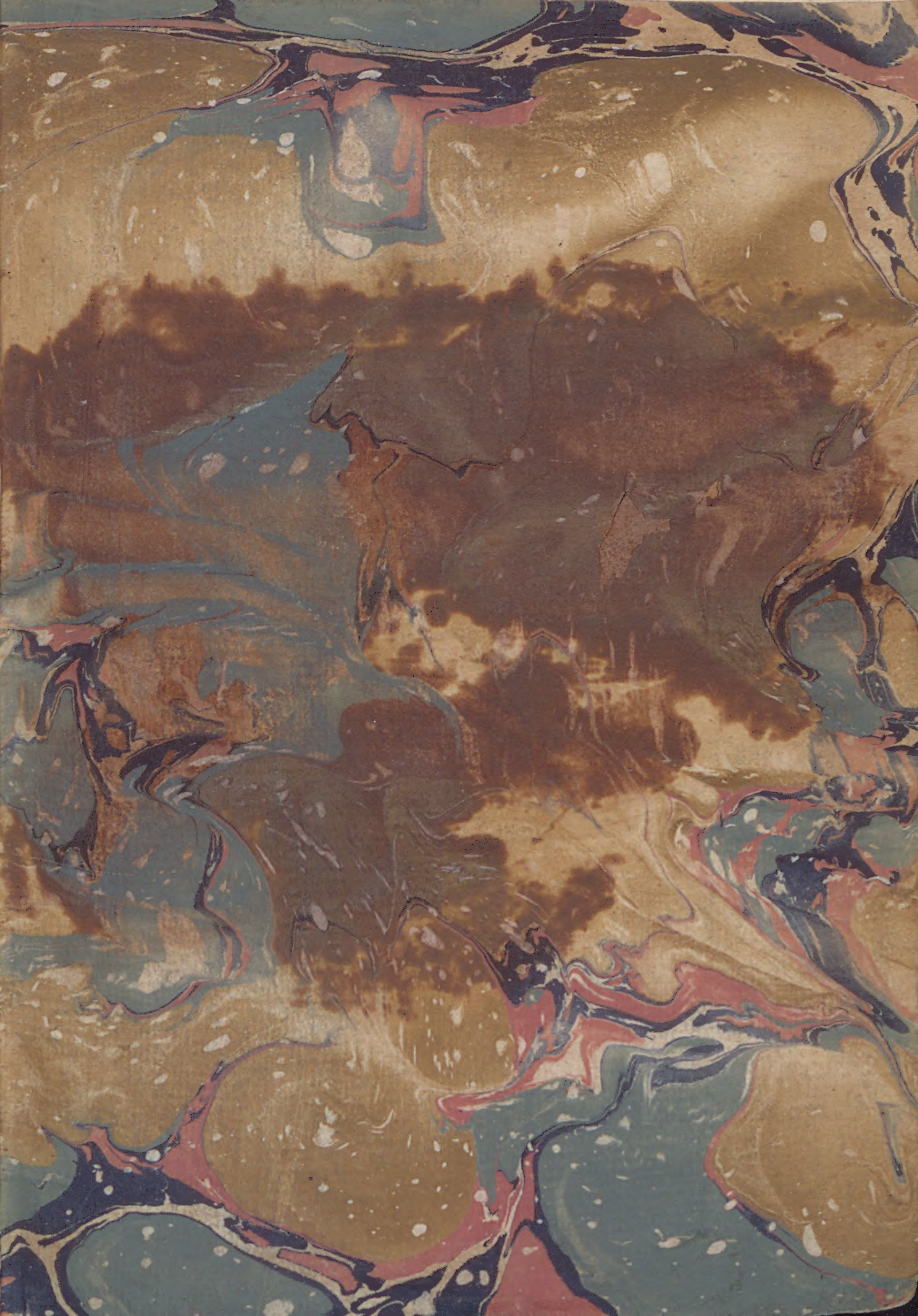






INSTITUTIONES
ROMANO-HISPANÆ
AD USUM
TIRONUM HISPANORUM ORDINATÆ

OPERA

JOANNIS SALA,

PRÆPOSITI VALENTINI

TOMUS I.

EDITIO QUARTA.

MATRITI
EX TYPOGRAPHIA REGIÆ SOCIETATIS.
ANNO 1824.

Se vende en la librería de Martinez, *frente de San Felipe el Real, con la Ilustracion del Derecho Real de España, del mismo Autor.*





PRÆFATIO.

Prodit hæc tertia Institutionum editio postquam nuper edidimus opus sub titulo *Ilustracion del derecho Real de España*; ad instar Hispanarum Institutionum. Et quia in eo, tamquam in propria sede agimus de universo jure Hispano, ac proinde de argumentis Appendicum, quas duabus prioribus inseruimus; opportunum nobis visum, eas in hac omittere: maxime cum jus Hispanum seorsum à Romano docendum sit in Scholis, Regis decreto anni 1802. Retinemus tamen eas notulas et legum nostrarum designationes quæ ostendunt in quibus jus Hispanum cum Romano conveniat aut disconveniat, quia utrumque jus potius ornant, quam onerant: et annectimus juris Romani historiam, quam, post duarum Institutionum editiones, promulgavimus anno 1798.

INDEX

RUBRICARUM SECUNDUM LIBRORUM

ET TITULORUM ORDINEM,

qui in hoc volumine continentur.

LIBER I.

LIBER. II

JURIS ROMANI HISTORIA

IN VII. EPOCHAS DIVISA

AB URBE CONDITA

USQUE AD EXITUM JUSTINIANI.

EPOCHA PRIMA.

AB URBE CONDITA USQUE AD EXACTOS REGES.

1 Juris civilis Romanorum historiam adolescentibus tradituro, inutile prorsus putamus inquirere, utrum urbs Roma condita fuerit à Pelasgis aliquod ante Romulum sæculis, ut visum est pluribus, an vero ipse Romulus cum fratre suo Remo, sit ejus verus Conditor ope coloniæ Albanæ, anno ante æram vulgarem 753, quia præterquam quod res est densissimis tenebris obvoluta, nec minimus ex ejusdem examine fructus capi potest. Insuper igitur habita quæstiono ista, Romulum appellabimus, ut vulgo placet, urbis Conditorem, urbemque dicemus conditam laudato anno 753. ante vulgarem æram.

2 Quamvis enim Remus, simul cum Romulo dux fuerat coloniæ Albanæ à qua urbs ducit originem, et à parte multitudinis Rex consalutatus; tamen, Regni cupidine fœdum inter fratres coortum certamen, et in eo ictus cecidit, ut id late enarrat Livius *lib.* 1. *histor. cap.* 6. addens simul vulgatiorem famam esse, ludibrio fratris Remum novos transiluisse muros: inde ab irato Romulo interfectum. Sed quidquid sit de modo quo Remus in urbis initio periit, illud certum est, solum Romulum potitum imperio, adque ab ejus nomine novam urbem appellatam *Romam*.

3 Novos colonos retinuisse in principio pro legibus, mores Albanorum, exemplo aliarum

coloniarum, quæ jura communia cum suis Metropolibus in initio saltem servarunt, nemo est qui ambigat: idque significare voluit Pomponius in *l.* 2. §. 1. *de orig. jur.* inquiens: *Initio civitatis nostræ populus sine lege certa, sine jure certo primum agere instituit*, id est, sine jure scripto, seu expresse statuto, quasi diceret, solos mores quos Albâ traxerat Romanus populus, tunc temporis pro legibus fuisse.

4 Quia vero in nova civitate plura incidere necesse erat, quæ non possent ad mores componi, ipsa exegit necessitas, ut ea Regum arbitriis deciderentur: adque ut sciret populus quid sibi faciendum vel omittendum in eis in quibus silebant mores, sæpe ipsi Reges propositis, vel per præconem promulgatis edictis, suam servandam voluntatem ostendebant. Hinc Liv. *d. l.* 1. *capp.* 32. et 44. et passim alii Scriptores mentionem faciunt edictorum regiorum, albique regii. Atque huc respexit Pompon. cum in *laud. l.* 2. §. 1. *de orig. jur.* ait, quod *omnia manu à Regibus gubernabantur*, significans per verbum *manu* regiam potestatem.

5 Ex his non inferas nullam omnino legem, seu jus expressim statutum, Romanos Regum temporibus habuisse: quod initio duntaxat conditæ civitatis contigit. Postea autem, ut refert Pompon. in *eadem l.* 2. §. 2. aucta in aliquem modum civitate, ipse Romulus populum in triginta partes divisit, quas *Curias* appellavit, propterea quod tunc Reipublicæ curam per sententias partium earum expediebat. Et ita *Leges* quasdam et ipse *curiatas* ad populum tulit; plebemque ab illustrioribus secrevit, è quibus Senatum constituit. Non igitur Romulus merum principatum instituit, sed summum imperium cum Populo et Senatu ita communicavit, ut Rex Senatui præesset, Populum rogaret bella administraret, jus in urbe diceret: Senatores, qui *Patres* sunt dicti, consilia cum Rege de republica caperent, magistratusque gererent: Populus denique in comitiis de legibus, de bello et pace, necnon de Magistratibus creandis curiatim ferret suffragia, Dionys. Halicarn. *Antiq. Roman. lib.* 2. *cap.* 12. Has curiatas leges ex veteribus Scriptoribus collegerunt Anton. Augustin. Justus Lipsius, Paullus Merulla, aliique.

6 Monere autem hic oportet, Romanis in usu fuisse tria Comitiorum genera, quæ nihil aliud erant, quam: *Conventus populi de rebus publicis decidentis.* Appellata sunt *curiata*, *centuriata*, et *tributa*: quorum nominum diversitas à diverso modo, quo Populus in eis ferebat suffragium, sumpta est, divisus scilicet per curias, centurias, et tribus. Prima antiquissima ab ipso Romulo instituta, ut modo monuimus: centuriata instituit Serv. Tullius VI. Romanorum Rex, ut exponimus *infra n.* 14. tributa denique omnium recentiora, plebs instituit anno 263.

ut obsisteret summæ Patriciorum potestati post famosam in montem sacrum seccessionem, quam *infr. nn.* 21. et 22. memoramus. Hæc ubique haberi poterant: quod contra erat in curiatis et centuriatis, quæ summa religione certis locis erant alligata; prima etenim intra pomœrium habebantur; centuriata intra pomœrium fieri nefas erat, sed in Campo Martio fiebant. Erat autem pomœrium locus per totius urbis circuitum, pone muros, regionibus certis determinatus, quem antiqui in condendis urbibus in augurato consecrabant, neque patiebantur vel ædificiis impediri vel arari. In comitiis curiatis et centuriatis universus populus conveniebat legesque condebat, quæ secundum comitiorum genus, curiatæ seu centuriatæ dicebantur: in tributis vero plebs plebiscita. Modum leges et plebiscita condendi Justinianus memorat in §. 4. *Inst. de jur. nat. gent. et civ.* inquiens, legem esse quod populus Romanus, Magistratu senatorio interrogante, constituebat; et plebiscita quæ plebs plebejo interrogante Magistratu. Illum late describit Gravina *de orig. jur. civ. lib.* 1. *cap.* 30. postquam *capit.* 28. plene quoque de comitiis disseruerat. Latissime etiam de modo ferendi leges et plebiscita agit Heinec. in *Antiq. Rom. syntag. lib.* 1, *tit.* 2.

7 Patet ex dictis, imperium à Romulo statutum, populo illud extorquente, non fuisse plene Monarchicum, sed mixtum: quod ut tironibus in hujús historiæ principio clarius innotescat, animadvertere hic libet, tria esse regiminis seu imperii genera, *Monarchicum*, in quo majestatis jura sunt penes unum solum, quem Regem, Imperatorem seu Principem appelles, nihil interest; *Aristocraticum*, ubi soli Nobiles seu Optimates illa habent; et *Democraticum*, in quo universus populus eis potitur. Et quia fieri potest, et alicubi contigit, ut ipsa jura majestatis, seu summi imperii inter Regem et Nobiles, seu universum populum partita sint; inde est ut exsurgant imperia, quæ *mixta* dicimus: quale ut modo vidimus, Romanorum fuit. Primus ejus status sub Regibus, qui septem fuerunt, nimirum, I. Romulus, II. Numa Pompilius, III. Tullius Hostilius, IV. Ancus Martius, V. Tarquinius Priscus, VI. Servius Tullius, VII. Tarquinius Superbus.

8 Romulo è vivis sublato, magnum inter Patres de Rege creando subortum dissidium quod non nisi post anni intervallum sopitum; et fremente plebe, ut pro pluribus in interregno dominantibus, unus Rex crearetur, decreverunt Patres, *ut cum populus Regem jussisset, id sic ratum esset, si Patres auctores fierent*; atque ita creatus fuit Numa, qui secutus exemplum Romuli, plures etiam leges curiatas tulit, magnam partem ad sacra pertinentes, Tacitus *III. Annal. cap.* 26. atque ut eis majorem conciliaret auctoritatem,

ac reverentiam multitudinis imperitæ, et illis sæculis rudis, simulavit sibi nocturnos congressus cum Dea Ægeria esse; atque ejus se monitu, quæ acceptissima Diis essent, sacra instituere.

9 Pontifices instituit, qui omnes initio ex patriciis desumpti sunt. Horum omnium supremus qui collegio præerat, *Maximus* dicebatur. Eorum officium erat lites sacras judicare, et quæ ad Deorum cultum pertinebant ordinare, summa in is præditi potestate. Ita appellati à ponte sublicio in Tyberi, quem quod sacer æstimaretur, solis ipsis licuit reficere Janum, id est, Jani templum, indicem pacis bellique fecit: apertum, ut in armis esse civitatem: clausum pacatos circa omnes populos significaret. Sed et auctor quoque fuit celeberrimæ divisionis dierum in fastos et nefastos, Liv. *lib.* 1. *d cap.* 17. ubi hæc omnia enarrat, et ejus justitiam, divini humanique juris peritiam, et in augenda civitate industriam laudat; aitque maximum ejus operum fuisse tutelam per omne regni tempus, aut minorem pacis, quam regni: atque ita, ut Romulus bello, hic pace civitatem auxit. Ille 37 annos regnavit, iste 43. *Nefasti* dies dicebantur, in quibus jure agere non licebat; *fasti* è contrario: quod Ovidius cecinit *lib.* 1. *Fastorum vers.* 47.

Ille nefastus erat, per quem tria verba silentur:
Fastus erit, per quem lege licebit agi.

Dixit *tria verba*, id est, famosa illa DO, DICO, ADDICO, de quibus *infra n.* 36.

10 Tullus Hostilius pacificus Nummæ successit, et non solum ei fuit dissimilis, sed ferocior etiam Romulo, multo magis armis quam legibus ferendis intentus. Paucissimas de contractibus ei adscribunt Historiographi, et illam quam laudat Dionys. Halicarn. *Antiq. lib.* 3. *cap.* 18. de tergeminis ex publico ærario alendis, occasione celeberrimi certaminis quo tergemini Horatii cum Curiatiis tergeminis acerrime dimicarunt, pro Imperio Romanis aut Albanis stabiliendo, ut accuratissime ipse refert, et Livius *d. lib.* 1. *cap.* 24. *et seq.* Ejus imperium annos 32. duravit.

11 Ancus Martius Numæ Pompilii ex filia nepos, mortuo Tullo, Rex creatur. Avi instituta satis neglecta, in usum revocare studuit, et inter ea jus *feciale* de ritu et ceremoniis indicendi bellum; ac plurimum civitatem, regionemque Romanam auxit atque munivit. Coercendæ multitudini primus carcerem media urbe ædificavit; leges autem tulisse Scriptores non memorant. Imperat annos 24. Liv. *d. lib.* 1. *cap.* 32. *et seqq.*

12 Et quia ipse Ancus decessit relictis filiis pubertati jam proximis, quidam alienigena, Damarathi Corinthii filius, qui Romam commigravit cupidine et spe magni honoris, ibique nomen *L. Tarquinium Priscum* edidit, et ab ipso Anco liberis

suis tutor datus erat, instituit, ut quam primum comitia Regi creando fierent, et cum sub tempus Anci filios venatum ablegasset; regnum ambitiose petiit, habita eleganti oratione ad animos plebis conciliandos, quam tradit Liv. *d. lib.* 1. *cap.* 35.: illaque audita, eum populus Romanus ingenti consensu regnare jussit. Nullam ejus legem de rebus privatorum recensent veteres. Et postquam 38. annos regnasset, insidiis filiorum Anci Martii periit.

13 Occiso L. Tarquinio sufficitur in ejus locum Servius Tullius ipsius gener, qui propria et uxoris Tarquinii industria, ita inter turbines quas insidiæ excitarunt, se gessit, ut primus injussu populi, Rex voluntate Patrum crearetur. Et quamquam ita creatus jam usu haud dubie regnum possederat, tamen quia interdum jactari voces à juvene Tarquinio audiebat *se injussu populi regnare*, conciliata prius voluntate plebis, ausus est ferre ad populum, *vellent juberentque se regnare?* tantoque consensu, quanto haud quisque alius ante Rex est declaratus; regnumque ea humanitate et prudentia gubernavit, ut bono etiam moderatoque succedenti Regi difficilis emulatio esset. Plurimas maximeque utiles leges tulit, quibus ipsos Reges voluit obtemperare, ut dimidium detraxisse credatur regiæ potestati, Dionys. Halicar. *lib.* 4. *cap.* 25. Tacit. *Annal. III. cap.* 26. ubi eum præcipuum sanctorem legum appellat, quibus etiam Reges obtemperarent.

14 Inter præclara ejus opera eminet celeberrima censûs institutio, de quo ita loquitur Liv. *d. lib.* 1. *cap.* 43: *Censum enim instituit, rem saluberrimam tanto futuro imperio: ex quo belli, pacisque munia non viritim, ut ante, sed pro habitu pecuniarum fierent*: atque ut id facilius consequeretur, classes centuriasque ex censu descripsit, cuique classi assignans personas secundum copiam divitiarum, divisas in certas centurias, id est, hominum centum multitudines seu agmina; et quia voluit quod populus per classium centurias divisus suffragium ferret, orta sunt centuriata comitia. Sed tandem hic magnus Rex interficitur à juvene Lucio Tarquinio ejus genero, stimulato à feroci Tullia uxore sua, Servii filia, ut late narrat Liv. *d. lib.* 1. *cap.* 47. *et seq.* cum regnasset annos 44.

15 *Inde*, ait ipse Liv. *cap.* 49: *Lucius iste Tarquinius regnare occœpit*, cui *Superbo* cognomen facta indiderunt, quia socerum sepultura prohibuit, Romulum quoque insepultum periisse dictitans: primoresque Patrum, quos Servii rebus favisse credebat, interfecit; armatisque corpus circumsepsit; neque enim ad jus regni quidquam præter vim habebat, ut qui neque populi jussu, neque auctoribus Patribus regnaret. Abrepta igitur monarchia ita abusus, ut legibus omnibus eversis, omnia pro

sua libidine et tyrannide regeret. Ita annos 25. regnavit, quousque ob nefandum stuprum à filio suo Sexto Tarquinio Lucretiæ illatum, ipse suique Româ pulsi, finem statui Romanorum sub Regibus fecerunt, anno ab U. C. 244. Incertum est fuerit filius, an nepos Lucii Tarquinii Prisci.

16 Leges in hoc statu latas, collegit in usum publicum Papirius Pontifex Maximus sub initium liberæ Reipublicæ: quæ collectio *jus civile Papirianum* dicta est, etsi Papirius nihil de suo ibi adjecit, sed tantum leges regias sine ordine latas in unum composuit, ut Pomponius refert in *l.* 2. §. 2. *de orig. jur.* Quamvis autem in hoc 2. §. adjiciatur Papirio prænomen *Sextus*, et in §. 36. *ejusdem l. Publius*; tamen probabilius et fere certum est, fuisse *Cajum*, quia ita laudatur à diligentissimo Dionys. Halicar. *Antiq. lib.* 3. *cap.* 50. cujus auctoritas coegit Interpretes, ut variis modis intenderint textum Pomponii emendare. An vero Papirius collegerit omnes leges regias, vel eas duntaxat quæ de rebus sacris locutæ erant non constat. Illud certum est, Granium Flaccum commentariis illustrasse Papirianum jus in libro quem inscripsit *de Indigitamentis*, id est, ritibus sacris, tempore Julii Cæsaris.

EPOCHA SECUNDA.

AB EXACTIS REGIBUS ANN. U. C. 244. USQUE AD AN. 305.

17 Exactis Regibus, duo Consules comitiis centuriatis creati sunt, eadem potestate ac auctoritate, qua Reges potiebantur, ut vere regia potestas penes Consules esset; et libertas quam populus affectabat in eo sita, quod annuum imperium consulare factum est, non quod diminutum quidquam sit ex regia potestate, Liv. *lib.* 1. *cap. ult.* et *lib.* 2. Consules appellavit, ut scirent se debere civibus suis consulere.

18 Qualis fuerit ea tempestate juris Romani facies, memorat Pomponius in *d. l.* 2. §. 3. *de orig. jur.* his verbis: *Exactis deinde Regibus lege Tribunicia, omnes leges hæ* (regiæ) *exoleverunt, iterumque cœpit populus Romanus incerto magis jura et consuetudine aliquam per latam legem, idque prope viginti annis passus est.* Noluit autem per ea significare, populum nullo omnino jure certo usum fuisse, sed nullo scripto aut stabilito expressa sanctione, ut de initio urbis diximus *n.* 3. Quamvis enim plures leges regias servavit, ut de eis

quas de contractibus tulit Hostilius, aliisque, tradunt Scriptores, eas non ut leges; sed ut mores receptos, suscepit.

19. A quo fuerit lata lex *Tribunicia* hic memorata, non satis constat. Forte ab aliquo tribuno celerum, qui jam ab ipso Romulo creati fuerant, nomen sortita, quia nondum nati Tribuni plebis. Verisimile est eam fuisse legem illam curiatam, cujus meminit Tacit. *Annal. XI.* 22. dicens: *Quæstores etiam tum Regibus imperantibus instituti sunt: quod lex curiata ostendit à L. Bruto repetita. Mansitque Consulibus potestas deligendi.* Quia nulla alia apparet lata aut repetita eo tempore quo Reges urbe pulsi. Et cum constet eam de re maximi momenti, potestate deligendi Quæstores fuisse locutam, non est absonum conjicere circumscripsisse, et designasse Regum potestatem, eamque Consulibus fuisse accommodatam, curante Junio Bruto, expulsionis auctore.

20. In eo autem quod addit Pomponius, populum scilicet fuisse passum viginti annis jus incertum, mendum notant Interpretes, propterea quod duravit hic status usque ad leges XII. Tab. id est, sexaginta annis, seu prope. Probabilem erroris causam assignat Ainkerboek *Prætermis. ad leg. 2. de orig. jur.*

21. Hujus temporis initio nullus obstitit Consulum potestati, omnisque jurisdictio erat penes eos quousque annos 260. sæva et effrænata Patriciorum et fœneratorum crudelitas et avaritia, plebem ad seditionem et in montem sacrum secessionem adegit, unde aliter adduci non potuit, quam conventione inter eam et Patricios inita: *Ut plebi sui Magistratus essent sacrosancti, quibus auxiliatio adversus Consules esset; neve cui Patrum capere eum Magistratum liceret.* Atque ita Tribuni plebis creati duo, C. Licinius, et L. Albinus, qui tres collegas sibi creaverunt, et in his Sicinium seditionis auctorem, Liv. *lib.* 2. *cap.* 33. Quorum numerus, nova contentione exorta usque ad 10. crevit, idem Liv. *lib.* 3. *cap.* 30.

22. Hoc auxilio freta, audaciorque plebs facta, ad evertendam aristocraciam, quam Senatus affectabat, tota incubuit. Hinc Tribuni, plebem à cætero populo segregantes, frequentes ad plebem rogationes tulerunt, quas plebs divisa per tribus in comitiis, quæ idcirco *tributa* sunt dicta, facile ratas habebat: atque inde orta plebiscita, de quibus Justinian. in *Instit.* §. 4. *de jur. nat. gent. et civ.* Quia vero neque Senatus approbabat plebiscita; neque plebs rata habebat senatusconsulta, ad summum confusio deducta, neutra parte alteri concedente leges ferendi potestatem; et vix eo tempore lex ulla à toto populo comitiis centuriatis lata præter Ateriam Tarpejam anno 300 quæ omni Magistratui concessit suæ potestatis læsæ reos multare.

23. Hæc tristissima Reipublicæ facies, quæ ultimam ei mi-

nabatur ruinam, utrumque coegit Ordinem, Senatum, et plebem, ut de illius quærenda salute cogitarent sedulo. Et quia an. 293. Terentius Arsa ferox Tribunus plebis, et Consulibus infestissimus, his absentibus promulgaverat legem *Terentillam* ab eo dictam: *Ut quinque viri crearentur legibus de imperio consulari scribendis: quo populus in se jus dederit, eo Consulem usurum*: cui Senatus, duce Quinto Fabio disertissimo urbis Præfecto, ita restitit, ut usque ad adventum Consulum differretur, imo et tolleretur, Liv. *lib.* 3. *cap.* 9. necesse fuit, ut huic maximo medendo malo, Patres et plebs æquo animo convenirent de condendis legibus æquandæ libertatis. Conventum igitur est de legibus, et tantum de latore mansit disceptatio: quæ sopita est facto anno 300. senatusconsulto, quod plebiscito confirmatum est, ut Legati mitterentur Athenas, qui inclytas Solonis leges describerent, aliarumque Græciæ civitatum instituta, mores, juraque noscerent, Dionys. Hal. *Antiq. lib.* 10. *cap.* 51. Liv. *lib.* 3. *cap.* 31.

24 Atque eodem anno in Græciam missi sunt Legati, non decem, ut legitur apud Pompon. in famosa *l.* 2. §. 4. *de origin. jur.* quem nonnulli leviter emendant ut sustineant, Binkershoe. in *Prætermis. ad d. l.* 2. §. 4. sed tres, *Spur.* seu *Publius Posthumius Albus*, *Aulus Manlius* et *P. Sulpicius Camerinus*: quibus reversis eum magna legum, morumque farragine, creati sunt Decemviri legibus ferendis; eisque datum summum imperium sine provocatione; et ne quis eo anno (302) alius Magistratus esset, ut mutata fuerit forma civitatis ab Consulibus ad Decemviros, quemadmodum ab Regibus ante ad Consules venerat, Liv. *lib.* 3. *d. cap.* 31. *et cap.* 33.

25 Utentes Decemviri interprete Hermodoro probo viro et prudente, Epheso patria sua, sine ullo crimine exule, operam condendis legibus dederunt, ingentique hominum expectatione decem proposuerunt tabulas totidem continentes leges, et populum advocaverunt ad concionem modestissimam atque pulcherrimam, quam tradit Liv. *lib.* 3. *cap.* 34. ut leges æquiores, probatioresque universo populo evaderent. Et cum ad rumores hominum de unoquoque legum capite edito, satis correctæ viderentur, ut Decemviri optabant, centuriatis comitiis X. Tab. leges perlatæ sunt anno 303.

26 Vulgatur deinde rumor, *duas deesse tabulas, quibus adjectis, absolvi posset velut corpus omnis Romani juris.* Atque ea exspectatio, cum dies comitiorum appropinquaret, desiderium Decemviros iterum creandi fecit: qui sequente anno 304. duas, quæ desiderabantur, tabulas adjecerunt, quæ postea anno 305. probatæ et perlatæ fuerunt: atque ita completæ XII. Tabulæ; et inde ortum famosissimum nomen *legum seu legis*

XII. Tab. utroque enim numero in eis laudandis utimur; appellanturque à Liv. *lib.* 3. *cap.* 34. *fons universi publici privatique juris*; ac de eis dicere non dubitavit Cicero *lib.* 1. *de orat. cap.* 44. omnibus omnium Philosophorum bibliothecis anteponendas, et *lib.* 2. *de legib. cap.* 23. quod ejus tempore, qui vellent dare operam juris prudentiæ, ipsa verba, tanquam carmen necessarium discere cogerentur.

27 Hæ celeberrimæ leges tempore D. Cypriani extabant adhuc, imo et sæculo 6. æræ vulgaris, ut ex Caji Jurisc. *commentariis* patet, unde plures *Pandectarum* leges desumptæ. Sed periere per Barbarorum in Italiam irruptionem, fragmentis duntaxat earum remanentibus: quæ plures viri insignes colligere curarunt, inter quos eminet Jac. Gothofr. qui nedum ea collegit, sed et magno delectu in ordinem redegit in *Fontibus quatuor juris civilis*. Ea exscripsit in *sua juris historia* C. Martin. atque etiam Bach. qui ulterius paraphrasim adjecit, propterea quod leges scriptæ fuere verbis nunc valde obscuris, utpote antiquissimis. Quare, et quia quæ ad jus Justinianeum faciunt, sparsa in Pandectis suis locis habemus, necessarium non putamus illa hic transcribere.

28 Dum hæc agebantur, Decemviri in ambitionem et tyrannidem alienati, eorumque coryphæus Appius Claudius turpissima et scelestissima in castam Virginiam libidine fœdatus, ita universum populum commoverunt, ut factum fuerit senatusconsultum: *Ut Decemviri se primo quoque tempore magistratu abdicarent: Q. Furius Pontifex maximus Tribunos plebis crearet: et ne cui fraudi esset secessio militum plebisque*; secesserant enim in Aventinum tyrannidis declinandæ causa; et postea omnibus Romam reversis, decem plebis Tribuni, et duo Consules populares L. Valerius, et M. Horatius creati sunt: qui cum velut in controverso jure esset, tenerenturne Patres plebiscitis, legem centuriatis comitiis tulere: *Ut quod tributim plebs jussisset, populum teneret*: qua lege tribuniciis rogationibus telum acerrimum datum est. Sed et restituta lege de provocatione, aliam novam sanxerunt: *Ne quis ullum Magistratum sine provocatione crearet*: quæ duæ leges appellari solent à Consulibus qui eas tulerunt, *Valeria*, *Horatia*; et sæpissime, quasi una duntaxat lex fuerit; sub nomine *lex Horatia*, utraque significatur. Ita restituta Consulum et Tribunorum potestate, et Decemviris magistratu abdicatis, Appius Claudius in carcerem conjectus mortem sibi conscivit, cæterique meritas pœnas subierunt, Liv. *lib.* 3. *à cap.* 35. *usque ad* 60.



EPOCHA TERTIA.

DE STATU JUR. ROM. AB AN. U. C. 305. USQUE AD AN. 727.

29 Quamvis leges XII. Tab. tanta cura et diligentia fuerint statutæ, tantumque eas laudaverint Cicero aliique plurimi præstantissimi viri, ut non liceat de earum excellentia dubitare, sperandumque erat, ut pacem et quietem Reipublicæ in æternum afferrent; tamen, et quia nimis erant breves, et quia dominandi cupido et Patres et plebem ceperat, satis non fuerunt, ut Rempublicam facerent tranquillam.

30 Videntes enim Patres, legem Horatiam, quam modo meminimus *n.* 28. eos plebi subjecisse, suamque labefactasse potestatem, hoc jugum curarunt excutere, dicendo se *populi* vocabulo non comprehendi: hacque ducti ratione plebiscitis non præbebant obsequium, pluresque inter utrumque ordinem exortæ contentiones de communicandis honoribus, sacerdotiis, agris publicis, et jure connubii. Et quia anno 416. J. Æmilius Consul alienatus à Senatu, seditiosis tribunatibus similem consulatum gerens, non destitit quoad fuit Consul, criminari apud populum Patres, collega Q. Publio haudquaquam adversante, quia et ipse de plebe erat; occasionem sæviendi in Patres sibi oblatam libenter amplexus est. Nam cum necesse esset Dictatorem adversus rebellantes Latinos creari; Æmilius, cujus tum fasces erant, collegam Dictatorem dixit. Quæ dictatura popularis, et famosa orationibus in Patres criminosis fuit; itaque in ea tres leges secundissimas plebi, adversas nobilitati tulit, quarum fuit una: *Ut plebiscita omnes Quirites tenerent.* Quæ lex accuratius repetita anno 465. eam ferente Q. Hortensio Dictatore, à quo lex *Hortensia* appellata est, Gel. *Noct. Attic. lib.* 15. *cap.* 27. Justinian. in §. 4. *Inst. de jur. nat. gent. et civ.* Atque ex eo tempore, ut *ibi* ait Justin. plebiscita non minus valere cœperunt quam leges, adeo ut et nomen *legum* acceperint, ut constat de legibus *Aquilia*, *Falcidia*, aliisque plurimis. Erat autem Dictator Magistratus extraordinarius summa potestate præditus; pacis enim et belli, et omnium fere rerum arbitrium penes ipsum erat. Solum urgente gravissima necessitate creabatur, et ad sex duntaxat menses.

31 Ut Patricii resisterent immodicæ plebis potestati, curabant alia via eam sibi devinctam habere

ope *legis actionum et actuum legitimorum*, atque dierum *fastorum et nefastorum*. Illæ nihil aliud erant, quam: *Formulæ quædam solemnes quibus cives Romani in jure apud Magistratum experiebantur*: ex lege XII. Tab. compositæ, *l.* 2. §. 6. *de orig. jur.* quin et ipsi actus ita gesti, etiam *legis actiones* appellabantur, quamvis non ad contentiosam, sed ad voluntariam jurisdictionem pertinerent, ut adoptio, emancipatio. Actus vero legitimi dicebantur: *Quicumque certis ritibus et solemnitatibus peragebantur, sive apud Magistratum, sive inter privatos duntaxat*, ut hæreditatis aditio, quam *cretionem* dicebant, acceptilatio, etc. Unde apparet nomen *legis actio*, convenire quoque aliquibus actibus legitimis, illis scilicet, qui coram Magistratibus exercebantur.

32 Cum enim horum notitia plebi prorsus ignota esset, reposita in penetralibus Pontificum, qui ex Patriciorum ordine desumebantur, et quotidie necessaria ad agendum, cogebatur plebs frequentissime illos adire, ut suis rebus interessent, ea quæ opus erant suppeditantes. Sed cum Appius Claudius Cæcus (de hoc plura memorabilia narrat Pomp. in *l.* 2. §. 36. *de orig. jur.* aitque appellatum esse Centumanum, et fuisse ejusdem generis ac illum Decemvirum famosum, de quo *sup. n.* 28. locuti sumus) proposuisset, et ad formam redegisset has actiones: Gnæus Flavius ejus scriba, libertini filius, surreptum librum evulgavit an. 449. eum tradens populo, cui adeo gratum fuit id munus, ut ipse Flavius Tribunus plebis fieret, et Senator, et Ædilis Curulis; liberque appellatus fuerit *jus civile Flavianum*, eadem ratione qua *jus Papirianum* appellatum diximus *sup. n.* 16. ut id refert Pompon *l.* 2. §. 7. *de orig. jur.* Cicero *pro Muræn. cap.* 11. *et ad Attic. lib.* 6. *epist.* 1. Liv. *lib.* 9. *cap.* 46. Et cum dolentes Patres de hac jactura, voluerint suam conservare auctoritatem inventis novis obscuris formulis, quia plura deerant agendi genera, quas non litteris, sed notis signabant, ut eas populus non caperet; Sex. Ælius Catus celebris Jurisconsultus eas populo enunciavit an. 552. edito libro, qui *Jus Ælianum* appellatum est, *d. l.* 2. §. 7. *de orig. jur.* Cic. *ubi sup.*

33 Sed et aliud supererat Patribus dominandi præsidium, cui occasionem præbuit summa L. XII. Tab. brevitas et elegantia. Cum enim plurima negotia occurrerent, quæ ex earum verbis decidi nequirent, necessarium omnino fuit earumdem interpretatione et fori disputatione jura nova servare, quæ quasi ex mente ipsarum legum proficiscentia frequentibus sufficerent negotiis, ad quæ verba non pertingebant: de quo luculentum habemus exemplum in legitima patronorum tutela. Hanc autem interpretandi et disputandi scientiam soli habebant Patricii, quandoquidem ipsi soli in hujus argumenti cognitione versati; eo-

rumque responsa usu diuturno probata, partem juris civilis constituerunt, de quibus in §. 8. *Inst. de jur. nat. gent. et civ.* sermo est; sicuti ea quæ post magnas disputationes obtinuerant, ceu patet ex *l.* 68. *de usuf.* et §. 2. *Inst. de societ.* hocque jus quod sine scripto venit compositum à Prudentibus, communi nomine appellari jus civile, ait Pomp. in *l.* 2. §. 5. *de orig. jur.* et recensetur à Justiniano in §. 3. *Inst. de jur. nat. gent. et civ.* inter species juris scripti, quia ex interpretatione *l. XII. Tab.* descendit. Cæterum istam Patriciorum possessionem turbavit circa an. 500. Tiberius Coruncanius primus è plebe Pontifex maximus, qui scientiam juris publice profiteri cœpit, cum cæteri ante eum in latenti jus civile retinere cogitabant, solumque consultoribus potius, quam discere volentibus se præstabant, *Epitom. lib. Liv.* 18. Pomp. *d. l.* 2. §. 35. *de orig. jur.*

34 Dedimus hucusque tironibus qualemqualem de legibus, plebiscitis, et responsis Prudentum notionem; percurramus nunc brevi calamo alias duas juris scripti species, *senatusconsulta*, *et Magistratuum edicta*, rejecta in sequens caput altera quæ superest, *constitutiones Principum* appellata, ut sex quas Justinianus memorat in *Inst.* §. 3. *de jur. nat. gent. et civ.* absolvamus. Senatusconsultum est: *Quod Senatus jubet atque constituit*, §. 5. *eod.* Utrum vero Senatus jus condere potuerit à Tiberii Imperatoris temporibus duntaxat, ut visum Heinec. Car. Mart. et aliis, an vero etiam libera Republica, ut vult Aug. Bach. non definimus. Sufficiat hic animadvertere, quod postea suo loco memorabimus, plurima scilicet celeberrima jura senatusconsultis fuisse constituta, Senatu universum populum repræsentante, vel id ei permittente Principe.

35 Licet ex iis quæ hactenus diximus clare appareat, nullum Magistratum potuisse jura condere, ea potestate populo, aut plebi tantum in comitiis agentibus concessa: quia tamen videmus sæpe, juris prætorii seu honorarii et in *Pandectis*, et apud veteres mentionem fieri; illud breviter excutere et examinare hic oportebit, ubi de potestate legislatoria agimus. Et quidem, ut modo monuimus, Justinianus Imp. inter species juris scripti recenset in *d.* §. 3. *Inst.* Magistratuum edicta; aitque in §. 7. *eod.* illos qui honores gerunt, id est, Magistratus eis auctoritatem dedisse. Magistratus qui hujusmodi proposuerunt edicta, plures fuerunt, quorum nominatissimi Prætores, ac Ædiles Curules.

36 Dupliciter insignis fuit annus 387. et quia conventum est, ut alter è Consulibus sumeretur de plebe, quæ L. Sextio consulatum dedit: et ut ex Patriciis Prætor unus, duoque Ædiles Curules crearentur. Fuerunt itaque creati primus Prætor Sp. Furius, et primi Ædiles Cu- Quintius Capitolinus, et P. Cor-

nelius Scipio, Liv. *l. 7. in princ.* Institutus fuit Prætor juri dicundo in urbe, atque idcirco *Urbanus* appellatus; et post aliquot annos, non sufficiente uno, alius creatus ad jus peregrinis reddendum, qui ideo *Peregrinus* fuit dictus, *l. 2. §. 27.* et *seq. de orig. jur.* Et tandem, plurimis in ditionem Romanam redactis provinciis, opus fuit et alios creare qui rebus provincialibus præessent *d. l. 2. §. 32. de orig. jur.* Munus autem Prætoris continebatur famosis illis verbis DO, DICO, ADDICO. Dabat enim plurimis bonorum possessiones, pluresque etiam actiones et exceptiones. Dicebat interdicendo, ut patet ex *lib. 43. Digestorum*; indicendo ferias, et alias sæpe. Addicebat denique facta in jure cessione, mancipatione, aliisque, ut suis locis docetur in *Institutionibus et Pandectis.* Ædilium vero præcipua fuit cura de annona, ludis, viis, aliisque publicis urbis locis: de quibus rebus edicta sua proponebant.

37 Horum Magistratuum edicta celeberrima et notissima in jure sunt, recensita a Justiniano inter species juris scripti in *Inst. §§. 3. et 7. de jur. nat. gent. et civ.* Sed cum ex eis alia fuerint *repentina*, seu *extraordinaria*, quæ, prout res inciderat, proponebantur; alia vero *ordinaria*, perpetuæ jurisdictionis causa, id est, pro toto magistratus anno proposita, ut patet ex Ulpiano in *l. 7. de jurisd.* recte monet Bach. *Hist. jurispr. sect. 3. §. 3.* extraordinaria ad jus civile non pertinuisse, seu jus nunquam constituisse. Constituerunt vero ordinaria; non quidem in ipso initio, sed postquam populus, illorum æquitate et utilitate inspecta, ea receperat, ut si res penitus perpendatur, populi actoritas ipsorum justitiam secuta, eis vim legis attulerit; Prætor etenim non Legislator, sed Magistratus erat.

38 Rursus ordinaria vel *tralatitia* erant, vel *nova.* Ea dicebantur *tralatitia*: *Quæ Prætores ex sui decessoris edicto in suum transferebant, ut ex eo jus dicerent.* E converso appellabantur nova: *Quæ quisque Prætor ex sua penu proponebat.* Hujus juris introducendi causa, eadem quam pro responsis Prudentum paulo ante memoravimus *n. 33.* quia nempe leges XII. Tab. utpote per breves, pluribus usu frequentibus casibus non sufficiebant; et insuper in quibusdam negotiis nimis angustæ strictæque erant, naturali reclamante æquitate, utpote in solis suis hæredibus et agnatis admittendis ad intestatam defuncti successionem, aliisque. Quæ respiciens Ulpianus optime definivit jus prætorium in *l. 7. §. 1. de just. et jur.* dicens esse illud: *Quod Prætores introduxerunt, adjuvandi, vel supplendi, vel corrigendi juris civilis gratia, propter utilitatem publicam.* Licet autem Prætoribus fas non erat jus civile scriptum expresse tollere, *l. 12. §. 4. de publ. in rem act.* illud sæpe eludebant inventis novis nominibus, actionibus, exceptionibus,

et fictionibus, quæ rem transformantes, alteram ei præbebant faciem, quæ suis adinventionibus locum faciebant: sufficiat in exemplum adducere *Publicianam in rem actionem*; quæ nomen à Publicio Prætore accepit, ut et aliæ plures à suis Auctoribus acceperunt. Celeberrimum edictum perpetuum ad quintam epocham spectat, in qua de eo loquemur.

39 Quam descripsimus Reipublicæ facies, tot fluctuationibus ac perturbationibus inter Patricios, et Plebem agitata, usque ad sequentem epocham duravit. In ea plurimæ prodiere leges: quarum celebriores, dignioresque ut tirones notas habeant, trademus infra *in elencho*, earum seriem, notionemque exhibentes.

EPOCHA QUARTA.

AB EXTINCTA LIBERA REPUBLICA, ANNO 727. USQUE AD HADRIANUM, ANNO 970.

40. Ultimis prioris epochæ annis, jam plurimum languebat Respublica, et præcipiti cursu ad ultimam vergebat ruinam, augentibus causam ex continuis discordiis natam, nonnullis eventibus, qui imperium ad unius dominationem ferebant, adeo ut tandem nullum aliud discordantis patriæ remedium inventum, quam ut ab uno regeretur imperium, ceu ait Tacit. *An. I. cap.* 9. Quæ facta respicientes Scriptores, in designando hujus exordio dissentiunt. Illud nonnulli affigunt anno 706. quo Julius Cæsar perpetuam dictaturam, aliosque præcipuos magistratus recepit, atque eis, et maxime potentia militari munitus, summam in Rempublicam potestatem tenuit. Sed quia hæc duntaxat duravit usque ad Idus Martii an. 709. in quibus ipse vulneribus confossus in Senatu in curia Pompeja occubuit, eoque occiso, libertas aliquantulum restituta fuit: hæc opinio non placet. Magis itaque nobis arrident cæteræ, quæ ad tria posteriora facta illud referunt: I. videlicet triumviratum, quem, oppressa totius Reipublicæ libertate, Augustus iniit cum Antonio et Lepido an. 711. II. prælium Actiacum, in quo ipse Augustus ita vicit Antonium, anno 723. ut eum ad mortem adegerit an. seq. 724. solusque ex Triumviris reliquus, Lepidum enim exuerat, cunctos ita dulcedine otii pellexit, ut munia Senatus, Magistratuum, legum in se traheret, nullo adversante, ut pulchre id refert Tacit. *An. I. cap.* 2. III. collationem nominis *Augusti*, et summi imperii, quam

à Senatu, cæterisque civibus obtinuit: à quo tempore perfecta Monarchia constituta videtur anno 727. Hanc ultimam, quam præferunt Aug. Bach. et Cat. Ant. Mart. et nos sequemur, utpote notiorem et splendidiorem.

41 Licet autem Augustus ita in Monarcham evectus, neminem, quem posset timere, videbat; nulla enim publica arma, et ferocissimi in bello, vel proscriptione perierant, Tacit. *An. I. cap.* 2. tamen, quia vir erat prudentissimus, et ante oculos habebat recentem finem tragicum, quem Julio Cæsari attulerat regiæ potestatis affectatio, jura dedit quibus populus pace et Principe uteretur, Tacit. *An. III. cap.* 28. ita se gerens, ut vulgus eum regnare non animadverteret, simulque paulatim principatui assuesceret. Priscam itaque liberæ Reipublicæ faciem conservavit integram, servatis eisdem Magistratibus, cum suis nominibus, et potestatis insigniis. Quinimo et sæpe titulos Consulis, Tribuni, Pontificis maximi, aliósque sibi admittebat, ut magis videretur popularis; nomina Regis et Dictatoris tanquam populo infensa respuens, tantumque volens Princeps seu Imperator appellari, propterea quod id non ægre ferebant. Cæterum etsi eadem fuerant Magistratuum vocabula, nihil usquam prisci et integri moris, ut ait Tacit. *An. I. cap.* 3. sed omnia pro libito suo sanciebat liberrime, ut notat Dio. Cas. *lib.* 3. Permittebat itaque populo comitia etiam ad ferendas leges, et quod Senatus, et Magistratus omnes suis fungerentur muneribus: at horum omnium auctoritas precaria erat: nam populus otii dulcedine, donis, et annona pellectus, omne suum imperium et potestatem ei contulit, *l.* 1. *de const. Princ.* et ut ait Pomp. in *l.* 2. §. 11. *de orig. jur. Constituto Principe datam est ei jus ut quod constituisset, ratum esset.* Atque inde natæ constitutiones Principum, quas inter species juris scripti Justinianus enumerat in *Inst.* §. 3. *de jur. nat. gent. et civ.* de eisque ex professo agit in §. 6. *eod.*

42 Eandem Tiberius Augusti successor, tenuit viam, sed quia subdolus versutusque erat, ea calliditate regnare cœpit, ut civilem admodum, ac paulo minus quam privatum ageret, adeo ut cuncta per Consules inciperet, tanquam vetere Republica; et ambiguus imperandi, ne edictum quidem proponeret, quo Patres in Curiam vocabat, nisi præposito titulo Tribuniciæ potestatis, quam ab Augusto acceperat, Sueton. in *Tiber. cap.* 28. Tacit. *An. I. cap.* 7. atque ita sub larvis paulatim Principem exercuit, præstititque, ut ait idem Sueton. *ubi sup. cap.* 33. Sed et alia astutia suum dominatum firmavit, è campo Martio ad Patres comitia transferens, ut magis à se penderent, quin populus adeptum jus quæstus esset, nisi inani rumore, Tac. *An. I. cap.* 15. Ex quo tempore vix lex ulla prisco more lata; et si quæ dicis causa: at è contrario pluri-

ma prodierunt senatusconsulta, et dubitatum non fuit Senatum jus facere posse, *l. 9. de legib.* Senatum autem ita sibi obnoxium devinctumque habebat, ut nemo auderet in aliam ire sententiam, quam Principi placere animadverteret: quod tanto erat periculosius, quanto suffragia non in tabellis ut in comitiis ferebantur, sed vel viva voce, vel discessione, ut non possent non esse nota Principi, qui præsens aderat. Quinimo plerumque orationes ipse Princeps in senatu habebat, quas senatusconsulta eas probantia sequebantur, ut senatus auctoritas precaria esset et imaginaria: atque hinc Senatusconsulta appellantur sæpe *Orationes* Principis, illius scilicet, qui eas recitabat.

43 Qui Tiberium secuti sunt Imperatores usque ad Hadrianum, eandem regiminis tenuere formam, plus minus indulgentes Senatui, prout eos sua inclinabat propensio. Et quamvis aliqui humanitate et æquitate fuerint ornati, ut Vespasianus et Titus, alii turpissimis fœdati moribus ut Caligula et Nero, alii denique inter utrosque medii; alii plures, alii pauciores, alii nullas constitutiones ediderunt: opportunum non putamus singulorum mores excutere, ut faciunt plerique: quia hæc morum notitia ad juris historiam, qualem describimus, parum facit. De eis singillatim in *elencho I.* loquimur.

EPOCHA QUINTA.

AB HADRIANO USQUE AD CONSTANTINUM.

44 Incipimus hanc epocham ab Hadriano, nedum quia multa suorum antecessorum instituta emendavit, plurimis editis constitutionibus, quarum maxima pars in *P. et Cod.* memorantur, cum antea essent rarissimæ, et, ut utar verbis Tertulliani in *Apolog. cap. 4.*: *Totam illam veterem ac squalentem silvam legum nobis principalium rescriptorum et edictorum securibus rustabat, cædebatque*: Verum etiam, quia faciem juris prætorii mutavit plurimum constituto *Perpetuo Edicto*, opera Salvii Juliani celeberrimi Jurisconsulti. Cum enim antea Prætores in anni sui initio edicta proponerent, nova, tralatitia, aut partim nova partimque tralatitia, pro suo libito; ipse rem perfecit edictum proponens docte accurateque elaboratum et examinatum, à quo nulli Prætori recedere liceret unquam: quod anno 885. promulgari curavit, et plures dein leges illud servari jusserunt, *l. 13. de testam. l. 2. C. de cond. insert.* aliæque,

Ex eo itaque tempore jus prætorium quod quadantenus volubile erat pro arbitrio Prætorum, fixum certumque esse cœpit, ut jus civile. Mansit tamen Prætoribus jus edendi edicta extraordinaria, si res nova incideret, quæ jurisdictionem exigeret, et ad formam edicti perpetui componi non posset.

45 Laudatum Salvium Julianum composuisse hoc edictum, jubente Hadriano, testantur aliqui Scriptores, atque ipsemet Justinianus in *l.* 2. §. 18. et *l.* 10. *C. de Condic. indeb.* maximis laudibus eum extollens. Putarunt sane alii jam antea nota fuisse edicta perpetua, ducti auctoritate Asconii Pædiani in *Cicer. pro Cornel. maj. reo*, ubi ait Cornelium Tribunum plebis legem tulisse, ut Prætores ex suis edictis perpetuis jus dicerent. Sed quæ sequuntur verba satis ostendunt mendose legi *perpetuis* pro *perpetuo*, *Quæ lex*, inquit, *Cornelia tum gratiam ambitiosis Prætoribus, qui varie jus dicere consueverant, sustulit.* Constituit itaque lex Cornelia lata an. 687. *ut statim Prætores in principio edicerent, quo jure essent usuri, et deinde nequaquam ab eo deflecterent*, ut eam explicant Dio Cas. *lib.* 36. *n.* 23. ac proinde locuta est de edictis quæ ipsi Prætores componebant, solumque pro sui magistratus anno vires habebant. Alii tradunt, jam ante legem Corneliam factum fuisse senatusconsultum anno 580. *ut Prætores ex suis edictis perpetuis jus dicerent*, adducentes in probationem, quoddam fragmentum *Actorum urbis Romæ Diurnorum*. Cæterum istud spurium et confictum esse, prodat, alios laudant, Aug. Bach. quem vide, si placet, in *Histor. jurisp. lib.* 2. *cap.* 2. §§. 5. *et* 6. Reliqui usque ad Constantinum Imperatores eandem juris faciem servarunt. Repete quæ diximus *sup. n.* 43.

EPOCHA SEXTA.

A CONSTANTINO USQUE AD JUSTINIANUM.

46 Epocham aggredimur orthodoxis gratissimam. Constantinus, deserto paganismo, in quo fuerat enutritus, veramque religionem amplexus, pluribus abolitis constitutionibus, quæ paganicam redolebant superstitionem, ac crudelitatem, alias edidit justa religione et æquitate plenas, ac in artium Professores benignissimas, multasque statum publicum respicientes, de creandis novis officiis, et jam creatorum potestate augenda aut minuenda, quas recensent Franciscus Balbuin. in *Constantino M.* Jacob. Gothofr. in *Comment. ad Codic. Theodos.*

aliique; quibus meruit; ut nomine *Magnus* decoraretur; et inter præcipuos Legislatores sibi vindicaret locum.

47 His justissimis, et saluberrimis legibus, veræ religioni accommodatis, Reipublicæ formam multum innovavit. Sed et imperii sedem Româ Byzantium transtulit; quæ urbs ex eo tempore appellata est *nova Roma*, et ab ipso Constantino *Constantinopolis*, quo nomine etiam nunc utimur. Sub ipso celebratum fuit an. æræ vulgaris 325. (Hanc computationem in recensendis annis sequemur in posterum) celeberrimum Concilium Nicænum, generalium primum, omnibus orthodoxis summopere venerabile; et jurisprudentia quæ in posterioribus præcedentis epochæ temporibus jacebat, reviviscere cœpit. Famosissima schola juridica Berytensis, quæ jam à sæculo 3. celebris erat, multum hoc tempore inclaruit; et quamvis paulo post, an. 349. urbs pene tota horribili terræ motu subversa fuit; tamen iterum ædificata, ita schola refloruit usque ad annum Justiniani vigesimum octavum, quo civitas ultimam passa fuit ruinam, ut mater legum diceretur, aliisque similibus laudibus celebraretur.

48 Sed et duo constitutionum imperialium Codices Constantini tempore prodiere, quorum prior *Gregorianus*, alter *Hermogenianus* dictus est. Prioris auctor adeo incertus, ut neque constet, appellatus fuerit *Gregorius*, an *Gregorianus*. Collegit in eo constitutiones ab Hadriano ad Constantinum. Secundi auctorem fuisse quendam Hermogenianum Jurisconsultum, satis inter Scriptores convenit; quisnam vero is fuerit, non ita certum. Ejus scopus videtur fuisse, constitutiones ejusdem temporis in Gregoriano prætermissas colligere, Diocletiani scilicet et Maximiani. Utriusque pauca supersunt fragmenta, quæ exhibet Schulting. in *Jurispr. vet. antejust.* Licet autem hi Codices proprio studio, privataque Auctorum suorum facultate compilati fuerint; magnam tamen eorum fuisse auctoritatem in foro, patet ex interpretatione *legis un. C. Theod. de respons. Prudent.* aliisque locis.

49 Certiora sunt quæ de Codice *Theodosiano* scimus. Editus fuit anno 438. publica auctoritate Imperatoris Theodosii II. vulgo *Junioris*, qui octo viris scientia et prupentia spectabilibus, illum conficere mandavit ea lege, ut in eum redigerent constitutiones à Constantino M. usque tunc emissas, non omnes quidem, sed eas duntaxat quas illo tempore Reipublicæ vel utiles, vel necessarias esse noscerent: nonnullæ enim ipsius Constantini, Theodosi M. Arcadii et Honorii in eo desiderantur. Et postea illum confirmavit speciali constitutione, *nov. 1. Theod. Junior.* Codicem hunc doctissimis commentariis illustratum à Jacob. Gothofr. edidit post ejus mortem Anton. Marvilius, qui ejusdem Theodosii constitutio-

nes Codicis promulgatione recentiores, aliasque insequentium Imperatorum, suæ editioni adjecit. Summa fuit hujus imperatoris in Jurisperitos benignitas. Ejus et Valentiniani III. cui Occidens in divisione imperii obtigerat auspiciis, plurimum floruerunt scholæ juridicæ Constantinopolitana et Romana, *l. un. C. de stud. liber. ur. Rom.* De reliquis Imperatoribus usque ad Justinianum iterum repetimus quod diximus sup. *n.* 43.

EPOCHA VII. ET ULTIMA.

CONTINENS IMPERIUM JUSTINIANI.

50 Accedimus ad ultimam juris civilis Romanorum, quo in Scholis utimur, epocham, imperium Justiniani. Hic Princeps *Upranda* antea dictus, ab avunculo suo Justino Imperatore ad supremas dignitates evectus est; et tandem in socium imperii Kalendis Aprilis an. 527. illoque quatuor mensibus post mortuo, solus regnare cœpit, annum agens 45. Ejus imperium, quod annos 38 duravit, omni ævo, armis et legibus celeberrimum. Vandalos et Gothos domuit, illis Africam, his Italiam eripiens. Fidei Catholicæ et disciplinæ Ecclesiasticæ consuluit plurimum. Sed præcipua ejus gloria in jure civili in certum ordinem formamque redigendo, maxime enituit. Cum enim animadverteret prudentissimus Imperator, nihil tan studiosum, seu expetendum in omnibus rebus inveniri, quam legum auctoritatem, quæ et divinas et humanas res bene disponit, et omnem iniquitatem expellit; simulque omnem legum tramitem, qui ab urbis Romæ conditæ temporibus descendebat, ita esse confussum, et in infinitum extensum, ut nullius humanæ naturæ capacitate concludi posset, sedulam, huic medendo malo, dedit operam. Erecto itaque ad Dei Omnipotentis adjutorium animo, et omnem spem referens ad summæ providentiam Trinitatis, opus aggressus est, quod nemo alius neque sperare, neque optare ausus fuerat, omnem scilicet Romanam sanctionem colligere et emendare, et in unam reducere consonantiam, ut nihil contrarium inveniretur, *l. 1. in pr.* et §. 1. *l.* 2. *C. de veter. jur. enucl*

51 Initium sumpsit à summis retro Principibus, eorum constitutiones emendans, et in unum Codicem congregans, omni supervacua similitudine, atque discordia purgatas, ut universis hominibus promptum præberent præsidium, quin possent in judiciis recitari constitutiones ex anterioribus Codicibus. Hic

Codex appellatus est *Justinianeus*, volente id ipso Justiniano, simulque jubente ut à die 16. Kalendar. Maj. an. 529. observaretur, ut patet ex *præfat. de eodem Codice confirmando.* Sed quinque annis post ipse Imperator eum refudit et transformavit in alium, qui *repetitæ prælectionis* dictus est, de quo *infra.*

52 Absoluto et promulgato hoc Codice, properavit Justinianus ad summam et plenissimam juris emendationem pervenire, jubens anno 530. Triboniano sacri palatii Quæstori, ut eligeret ad sociandum laborem quos probaverit, tam ex facundissimis Antecessoribus, quam ex disertissimis Togatis fori amplissimæ sedis Constantinopolitanæ. Hisque collectis, et in regium palatium introductis totam rem faciendam commisit, sub ipsius Triboniani gubernatione; jussitque eis antiquorum Prudentum quibus auctoritatem interpretandarum legum Principes præbuerant, libros ad jus Romanum pertinentes (quorum duo pene millia conscripta erant) legere et eliminare eo fine, ut ex eis omnis materia colligeretur, nulla (secundum quod possibile esset) neque similitudine, neque discordia derelicta: sed tantum collecto eo, quod unum pro omnibus sufficeret. Adeo autem amplam potestatem Triboniano ejusque sociis concessit, ut eis permiserit sententias antiquorum Prudentum replere, reformare seu emendare, prout eis libuerit, ita ut nemo posset ex veteris voluminis comparatione, vitiosum arguere eorum Codicem, quem *Digestorum* seu *Pandectarum* nomen habere voluit, quia omnes disputationes et decisiones in se habet legitimas, et undique fuit collectas, omnia in eo contenta sua faciens, tanquam si ab ejus ore fuerint profusa. Habentur hæc omnia in *d. l.* 1. *C. de veter. jur. enucl.* et in *Præfationibus de confir. Digest.* §. 1. Tantam vero antiquitati reverentiam habuit, ut noluerit taciturnitati tradere Prudentium nomina qui legum auctores fuerunt; quamvis jussit ut eorum sententiæ, quæ quadantenus essent dissonæ juri novo, quod voluit servari, eidem accommodarentur, eis, quæ necessariæ forent, mutationibus et emendationibus factis, *l.* 2. §. 10. *C. de veter. jur. enucl.* quas Interpretes *Tribonianismum* seu *emblemata Triboniani* appellare solent, quia opus Triboniani fuere.

53 Licet autem huic immortali operi conficiendo vix decennium debatur sufficere, tantam operam Tribonianus ejusque 16. socii, quorum nomina in *l.* 2. §. 9. *eod.* recensentur, adhibuerunt, ut triennio illud absolverint, *d. l.* 2. §. 12. ita tamen, ut festinantius, quam par erat, agentes, plura juris veteris aboliti vestigia, particulasque relinquerent, quæ juris novi constitutiones turbant nonnunquam. Observare id licet in effectibus qui olim obtinebant in

diversis legatorum generibus, qui interdum in *Pandectis* apparent, etiamsi Justinianus eos sublatos voluit, omnia exæquans legata in *l.* 1. *C. commun. de legat.* et *aliis.*

54 Sed non propterea contemnendum, imo magnopere laudandum est opus istud summo quæsitum labore et vigilantia, pretiosissimis repletum doctrinis Jurisconsultorum, quibus, in iis quæ ad jurisprudentiam spectant, æquales hactenus non sunt inventi. Norunt id eruditi omnes *Digestum* maximis extollentes laudibus. ¿Et quis, quæso, in tanta librorum farragine unde decerptum et confectum est, eorum doctrinas novis constitutionibus accommodans, minus errare potuerit? Ipsemet Justinianus considerans immensum librorum numerum, quos evolvere opus fuit, sincere confessus est, in nullo peccare potius divinitatis, quam mortalitatis esse, *d. l.* 2. §. 14. *C. de veter. jur. enucl.* Continet autem 50. libros in septem partes distributos: quarum I. quatuor libros habet. II. septem. III. octo. IV. totidem octo. V. novem. VI. octo. VII. reliquos sex.

55 Vulgo Digesta in tres partes dividunt. Primam, quam *Digestum vetus* appellant, à libro primo ad titulum tertium vicesimi quarti extendunt: secundam ab eodem titulo ad librum tricesimum nonum, *Infortiatum* dicunt: et tertiam demum *Digestum novum* nominant. Cæterum, ut recte notat Andreas Alciatus in *proœmio l.* 1. *dispunction.* hæc partitio commentitia est, nulla probabili ratione subnixa, ut proinde frustra se crucient, qui disputant, cur secundum Digesti volumen *Infortiatum* dicatur; quasi non barbara hæc vox sit, ab indocto aliquo litteratore primum facta, quem deinde alii æque indociles sunt secuti. Nec alia fuisse videtur hujus divisionis inducendæ causa, quam cum quinquaginta librorum moles in aliquod justum volumen facile consui non posset, in tria fuerit ob commoditatem intercisa.

56 Quia vero inter Digesti conficiendi labores, observatum est, non posse facile ordinari et attemperari in pluribus casibus non prætermittendis, veterum Prudentum doctrinas, propterea quod plurimum inter se dissidebant; placuit Justiniano has difficultates, quæstionesque separatim amputare promulgatis 50. decisionibus, quas postea in *Codicæ repetitæ prælectionis*, de quo *infra* collocavit.

57 Considerans insuper ipse Imperator post perfectum, sed nondum promulgatum Digestum, utile admodum futurum ingenio rudibus, eisque qui in primis legum vestigiis stantes, ad juris arcana properant, Institutiones componere prima legitimæ scientiæ fundamenta atque elementa continentes, quibus juvenes suffulti possent graviora et perfectiora legum scita sustentare; Triboniano, et facundissimis Antecessoribus Theophi-

lo, et Dorotheo mandavit, ut eas in quatuor divisas libros ordinarent, collectis in id et examinatis veterum libris, quos etiam *Institutiones* vocarunt, ut quod in eis utile, et juri præsenti consentaneum inveniretur, capere studerent, *l.* 2. §. 11. *C. de veter. jur. enucl.* §§. 3. 4. 5. et 6. *procem. Inst.* ubi et addit præcipue ex commentariis Caji, tam Institutionum, quam rerum quotidianarum, fuisse compositas. Quamvis autem confecto jam Digesto fuerint ordinatæ, tamen prius quam illud confirmatæ fuerunt, nimirum *XI. Kalend. Decem.* (21 Novembris) *anni* 533. *Digestum* vero *XVII. Kalend. Januar.* (16 Decembris) *ejusd. anni* 533: ceu patet in §. *ultim. procem. Inst.* et *utraque præfat. dc confirm. Digest. ad Senat. et omn. pop.* et *ad mag. Senat. in finæ.* Cæterum ambæ hæ juris partes eodem die robur et vim obligandi acceperunt; *III. Kalend. Januar.* (30 Decembris) *ejusd. an.* 533. *l.* 2. §. 23. *C. dc veter. jur. enucl.*

58 Sed neque absolutis vique obligandi donatis *Digesto* et *Institutionibus*, quievit cura Justiniani in legibus reformandis et ordinandis, animadvertens enim 50. decisiones, quas meminimus *sup. n.* 56. aliasque constitutiones recentiores *Codice* quem anno 529. promulgaverat, extra ejusdem *Codicis* corpus divagari, voluit eas in quantum necessarium esset emendari, et in alium Codicem colligi, quem Triboniano, Dorotheo, Mennæ, Constantino et Joanni, ordinandum commisit; et sibi oblatum probavit, et ad Senatum destinavit *XVI. Kalend. Decemb.* (16. Novemb.) *an.* 534 ut per omne tempus obtineret, sublato priore *Justinianeo*, ex die *IV. Kalend. Januar.* (29. Decemb.) *an. ejusd.* Et quia repetita prælectione probatus est, appellatur *Codex repetitæ prælectionis*, ut omnia patent ex *constitutione* seu *præfatione C. dc emend. Cod.* Constat autem *Codex iste* 12. libris divisis in titulos subdivisos in leges.

59 His tribus juris partibus perfectis, quia natura quotidie novas deproperat edere formas, *præfat. de confirm. Dig. ad Sen. et omn. pop.* §. 18. ipse Imperator postmodum variis temporibus novas constitutiones promulgavit, quas *Novellarum* nomine significandas prædixit in *præf. C. de emend. Cod.* §. 4. *quasi* novæ leges sint jus novissimum continentes.

60 Quo tamen tempore omnes hæ Novellæ numero 168. in unum volumen collectæ sint, parum constat. Sane Justinianus ipse quasdam in eum finem collegisse videtur, *Novel.* 66. *cap.* 1. §. 2. quo vero pervenerit prorsus incertum.

61 Integrum hoc Novellarum volumen in novem collationes, hasque in titulos vulgo dividunt, appellantur *authenticas*, uti et volumen ipsum *authenticum*, ad differentiam cujusdam Novellarum epitomes à Juliano Antecessore Constantinopolitano factæ.

62 Diversæ ab his collationibus authenticis sunt authenticæ illæ, quæ legibus *Codicis* subjectæ cernuntur, ut constet quid per Novellas mutatum vel abrogatum sit. Hæ namque nihil aliud sunt, quam breves sententiæ ex collationibus authenticis, unde nomen sumpserunt, decerptæ, privata quidem auctoritate. Unde duntaxat fidem merentur quatenus cum Novellis, è quibus desumptæ sunt, concordant. Quis autem eas excerpserit, legibusque Codicis subjecerit, non constat. Voluere sane plerique Irnerium seu Wernerum, qui sæculo 13. vixit, et jura primus Bononiæ docuit, earum fuisse auctorem, vel saltem illas legibus Codicis subjecisse. Sed hos falli manifestum est ex eo quod *authent.* Presbyteros *C. de Episc. et Cleric.* à Gregorio I. Pontifice, qui vixit sub finem sæculi 6. et *authent.* Idem prædium *C. de sacros. Eccles.* à Buchardo, qui sæculo 11. scripsit, sunt allegatæ, Westemberg. in *prolegom. de compos. et part. jur. Justin. n. 71. qui n. seq.* recte notat quasdam etiam authenticas Friderici I. et II. Impp. eodem modo Codicis legibus subjici, ut *auth.* Casa de *sacrosanct. Eccl. auth.* Item nulla *de Episc. et Cleric.* aliæque, quas laudat; quæ omnes Imperatoris nomen inscriptum habent, ne cum cæteris ex Novellis Justiniani decerptis confundantur. Binkershoek in *diatri. de Auctor. auth.* quasdam authenticas Irnerio tribuit, alias alteris, late de hoc argumento loquens.

63. Harum juris partium auctoritas eadem est ab eodem Justiniano Imperatore ipsis concessa. Quare si aliqua occurrat contrarietas, servanda est regula tradita *l. ult. de const. Princip.* priores nimirum constitutiones posterioribus cedere. Cedent igitur Institutiones et Pandectæ Codici, et hic Novellis.

64 Habemus hucusque juris Romanorum historiam breviter descriptam ab urbe condita ad exitum Justiniani, corporis juris, quo in Scholis utimur, auctoris celeberrimi. Sed quia ad majorem tironum, quibus scribimus, illustrationem commoditatemque opportunum putamus annectere hic separatim elenchos seu series Imperatorum ab Augusto ad Justinianum, ac præcipuorum Jurisconsultorum, legum et senatusconsultorum, quorum crebra in jure mentio, brevi eorum notione ornatos, ad eos tradendos progredimur incipientes ab Imperatoribus, exhibentesque annos assumptionis eorum ad imperium, secundum æram vulgarem, cujus initium cum anno 753. urbis conditæ concurrit, ut monuimus *sup. n. 1.*

PRIMUS ELENCHUS

ROMANORUM IMPERATORUM AB AUGUSTO AD JUSTINIANUM USQUE.

I. Augustus, ante Octavianus, plenam Monarchiam adeptus, ut diximus *n.* 40. anno ab urbe condita 727. ante æram vulgarem 26.

II. Tiberius, an. post hanc æram 14. Transtulit comitia è campo Martio in Senatum primo sui imperii anno: ex eoque tempore rarissimæ leges prisco more rogabantur. Vir fuit subdolus et callidissimus.

III. C. Caligula, anno 37. Monstrum immane, generis humani dedecus, Jurisconsultorum inimicissimus. Nulla ejus mentio in universo jure.

IV. Claudius, an. 41. Quædam in favorem fideicommissorum constituit; et ut pupillis extra ordinem tutores à Consulibus darentur. Plura sub eo senatusconsulta.

V. Nero, an. 54. Cujus barbaram immanitatem superfluum est memorare. Sub eo mota est prima persecutio adversus Christianos, an. 64.

VI. Galba-VII. Otho-VIII. Vitellius. Horum imperia brevissima, et turbulentissima. Durarunt ab anno 68. ad finem an. 69.

IX. Vespasianus, an. ipso 69. Sub eo plura prodiere senatusconsulta, quia antiquum morem referendi ad Senatum graviora negotia servavit accuratissime. Ab ejus exercitu per filium suum Titum ducto, capta et excisa fuit Hierosolyma an. 70. post longam et famosissimam obsidionem.

X. Titus, an. 79. qui vix unquam sine laude nominatur, appellatusque fuit *Amor et deliciæ humani generis.* Immatura morte sublatus est, annum agens quadragesimum.

XI. Domitianus, Titi frater, an. 81. Primis sui imperii annis justum et diligentem in regnando se præbuit, sed postea in crudelitatem delapsus, similis Caligulæ et Neroni. Secundam in Christianos persecutionem movit anno 94.

De his omnibus accuratissime scripsit Suetonius, atque etiam de Julio Cæsare, quem nos in elencho non collocamus, per ea quæ diximus *n.* 40.

XII. Nerva, an. 96. Princeps bonus et mansuetus. Quamvis ejus imperium brevissimum, quædam tamen præclara gessit, atque inter ea, ut pueri et puellæ egeni sumpto publico per Italiæ oppida alerentur.

XIII. Trajanus, natione Hispanus, adoptatus à Nerva, ei

successit, an. 96. *Optimi* nomine ornatus à Senatu, et justitiæ ac juris humani divinique, tam repertor novi, quam inveterati custos: quia pleraque nova rescriptis atque edictis constituit, aliaque plura à Senatu decerni voluit, ut testantur varia senatusconsulta sub eo edita. Nunquam tam longe, quam ipso imperante, fines imperii prolati sunt. Plinius junior in *suo Panegyr.* summis laudibus eum extollit. Sed hanc tantam gloriam quam Politici ei tribuunt, fœdavit tertia dira persecutione, quam in Christianos excitavit.

XIV. Hadrianus, an. 117. Eo imperante contigit quarta adversus Christianos persecutio. Ejus jussu edictum perpetuum ordinavit Jurisconsultus Salvius Julianus an. 132. ab U. C. 885. Late locuti sumus de hoc argumento *sup. nn.* 44. *et* 45.

XV. Antoninus, anno 138. *Pius* cognominatus à Senatu, atque hoc additamento laudari solet. Magna prudentia et lenitate regnavit, imperatorium fastigium ad summam civilitatem deducens. Plurima ejus rescripta æquitatis plena in *Pandectis et Cod.* laudantur. Cæterum multum offecit ejus nomini quinta in Christianos persecutio, qua sæviit.

XVI. Marcus Aurelius Antoninus, statim atque imperium recepit an. 161. collegam sibi assumpsit Lucium Verum fratrem suum, simulque regnarunt, appellarique solent *Divi Fratres*, vel *Antoninus et Verus Augusti*, ac propterea eos sub uno numero collocant, ut nos facimus. Plurimæ eorum constitutiones in *Pandectis et Cod.* extant et memorantur. Post mortem Lucii Veri an. 170. solus Marcus regnavit, qui *Philosophus* appellatus est; et demum simul cum Commodo filio suo, quem socium voluit assumere, atque hujus temporis nonnullæ laudantur in *Pandectis* constitutiones Marci cum Commodo. Sub eo sexta Christianorum persecutio.

XVII. Commodus successit patri suo Marco an. 180. Princeps undequaque flagitiosissimus; quædam tamen ejus rescripta memorantur in *Pandectis*.

XVIII. Helvius Pertinax occiso Commodo an. 193. ab hujus interfectoribus ad imperium evectus; sed à militibus prætorianis post tres menses nefarie necatus.

XIX. Didius Julianus, celeberrimi Salvii Juliani pronepos. Ab ipsis militibus qui Pertinacem interfecerant, mercatus est imperium licitatione, competitoribus superatis, ipso an. 193. et altero post occupatum imperium mense, occisus est.

XX. Septimius Severus, anno 193. Sub eo septima in Christianos persecutio. Afer natione, jurisque fuit peritissimus, Jurisconsultorum Q. Cervidii Scævolæ, et Papiniani condiscipulus. Hujus usus consilio plurimas edidit æquissimas constitutiones, quarum memoriam in *Pandectis et Cod.* habemus, ut ab Aurelio Victore appelletur *legum conditor longe æquabilium.* Odio ta-

men Julianorum, *Salvii Juliani decreta*, id est, edictum perpetuum *jussit aboleri quod non obtinuit*, ut refert Spartian. in *Sever. cap.* 1. et 17. obstante, ut creditur, summa edicti æquitate.

XXI. Antoninus Caracalla, an. 211. A patre suo Severo appellatus Cæsar et Augustus, sed ei fuit dissimillimus, et perditissimus homo, omnibus exosus, quia inter alia plura scelera, fratrem suum Getam in ipso matris sinu, propria manu interfecit, ut solus regnaret, et eximium Jurisconsultum Papinianum, hanc injustissimam cædem defendere recusantem, occidi jussit. Occurrunt nihilominus in libris juris aliquæ ejus constitutiones, neque inutiles, neque iniquæ, quia nempe à Consiliariis proficiscebantur; talis est illa qua omnibus ingenuis in orbe Romano, jus civitatis dedit, *l. in orbe* 17. *de stat. homin.*

XXII. Opilius Macrinus, anno 217. Caracallam interemit, sed ipse altero post adeptum imperium anno, cum filio suo occisus. Non fuit juris incallidus. voluit omnia veterum Principum rescripta tollere, inquiens: *Nefas esse leges videri Commodi et Caracallæ hominum imperitorum voluntates.* Sed imperii brevitate peragere non potuit.

XXIII. Elegabalas seu Heliogabalus, an. 219. Turpissimis inquinatus moribus occiditur, et in Tyberim ejicitur. Nulla ejus mentio in *Pandectis* extat.

XXIV. Alexander Severus, an. 222. Clementissimi ingenii Princeps, ac litteratis affectissimus. Plures ejus constitutiones *Codici* insertæ sunt. Senatoriam dignitatem addidit, et ut Senatores *clarissimi viri* essent et dicerentur. Inique interfectus Moguntiæ ab ejus successore Maximino.

XXV. Maximinus cum filio. an. 235. Imperium scelere occupatum crudeliter administravit, et à suis militibus in oppugnatione Aquilejæ oppressus. Sub eo octava Christianorum persecutio.

Mortuo Maximino, turbatissimum fuit imperium usque ad Diocletianum, jam uno regnante, jam pluribus, et fere omnes misere interfecti sunt. Eapropter, et quia vix quidquam in jure constituerunt memorari dignum, sufficiet exhibere hic eorum tabellam, quam ex chronologia Riccioli describimus, ubi et singulorum cruentam historiam tradit accuratissime: Gordianus senior, cum filio Gordiano II. Pupienus et Balbinus. Gordianus puer, nepos senioris. Philippus cum filio. Decius cum filio. Sub eo nona Christianorum persecutio. Gallus cum Hostiliano, et mox cum filio Volusiano. Æmilianus. Valerianus, sub quo decima in Christianos persecutio. Gallienus, Claudius II. Quintilius. Aurelianus. Sub eo undecima persecutio. Tacitus. Florianus. Probus. Carus cum filiis suis Carino et Numeriano. Horum omnium imperium cædibus aliisque turbationibus implicatissimum, duravit ab an. 238.

ad annum 284. Et quia in his enumerandis variant Auctores, eos enumerare supersedemus.

Diocletianus, an. 284. Sequenti anno consortem imperii assumpsit Maximianum. Hi turbatam Rempublicam pacarunt, multisque justis et saluberrimis legibus muniverunt, ita, ut saltem Diocletianus bene de Republica meritus dici posset, si abstinuisset à truculenta duodecima in Christianos persecutione, omnium vehementissima, qua famam suam tantopere maculavit.

Constantinus Chlorus, et Galerius Maximianus, Augusti creati sunt an. 305. Inter hos aliosque imperium mire volitavit, non quiescens usque ad an. 325.

Constantinus Magnus an. 306. iniit imperium: sed magnis aliorum, qui ad illud aspirabant, bellis et perturbationibus agitatum, quousque anno 325. omnibus profligatis, pacifice regnare cœpit: eodemque anno celebratum fuit, eo curante, celeberrimum Concilium Nicænum, ut diximus *sup. in histor. n.* 47. latius de hoc Imperatore loquentes.

Constantinus, Constans, et Constantius, filii Constantini Magni, mortuo patre suo, ex voluntate ejus imperium inter se diviserunt anno 337. sed paulo post Constantinus, fratribus misere pereuntibus, solus eo potitus est.

Julianus vulgo *Apostata*, quia veram Christianam religionem deseruit, an. 363. et in bello contra Persas in sequenti interfectus.

Jovianus, an. 364. Bonus et religiosus Princeps; sed septimo post initum imperium mense, à domesticis veneno necatus.

Valentinianus I. anno 364. Fratrem suum Valentem in consortem imperii recepit, eique Orientem administrandum dedit.

Gratianus et Valentinianus II an. 478.

Theodosius Magnus, postquam annos 12. cum Gratiano et Valentiniano II. imperium administraverat, eis extinctis, solus illud suscepit an. 392. Appellatus fuit *Magnus*, quia præterquam quod plures juris ambages, quæ supererant, sustulit, et bonis legibus armavit Rempublicam; enituit summa prudentia, rei militaris gloria, et erga religionem Christianam affectione ac studio.

Arcadius et Honorius à patre suo Theodosio imperium divisum acceperunt an. 395. ut ille Orientem, hic Occidentem obtineret. Cæterum nihilominus, collegæ esse voluerunt; atque hinc constitutiones ab unoquoque editæ, etiam alterius nomen præ se ferunt. Sed hæc administrationis divisio jam ultra non coaluit, et uterque Imperator suos habuit successores. Quia vero paulo post, Occidentis imperium à barbaris fuit oppressum et dilaniatum, Orientis vero integrum pervenit ad Justinianum, qui hujus elenchi terminus merito futurus est; idcirco solus Arcadii successores recensebimus.

Theodosius II. vulgo *Junior*,

an. 408. De ejus in jurisprudentiam meritis, repete quæ diximus *supr. in histor. n.* 49.

Marcianus, an. 450. duxit uxorem Pulcheriam filiam et hæredem Theodosii II. quæ ei imperium detulit.

Leo I. vulgo *Thrax* seu *Magnus* an. 457.

Leo II. nepos I. ex Ariadne filia, an. 474. eodêmque moritur.

Zeno Leonis I. gener, et II. pater, an. 474.

Anastasius, an. 491.

Justinus, an. 518.

Justinianus, an. 527. Indefessus juris artifex præclarissimus. De eo, late, ut par est, locuti sumus *sup. in histor. n.* 50. *et seqq.*

SECUNDUS ELENCHUS.

JURISCONSULTORUM EX QUORUM SCRIPTIS DESUMPTÆ PANDECTARUM LEGES, CUM DESIGNATIONE IMPERATORUM SUB QUIBUS PRÆCIPUE FLORUERUNT.

Alfenus Varus, sub Augusto.
Antistitius Labeo, sub eodem.
Sempronius Proculus, sub Tiberio.
Neratius Priscus, sub Trajano.
Juventius Celsus, sub eodem.
Priscus Javolenus, sub Hadriano.
Salvius Julianus edicti perpetui artifex, sub eodem.
Cajus, sub eod. et Antonino Pio.
Sextus Pomponius, sub eisdem.
Volusius Mæcianus, sub Antoninis.
Quintus Cervidius Scævola, sub eisdem.
Ulpius Marcellus, sub eisdem.
Terentius Clemens, sub eisdem.
Sextus Cœcilius Africanus, sub eisdem.
Junius Mauricianus, sub eisdem.
Aburnus Valens, sub eisdem.
Tertullianus seu Tertillianus, sub eisdem.
Papirius Justus, sub eisdem.
Taruntenus Paternus, sub eisdem.
Æmilius Papinianus, sub Severo et Caracalla, à quo injustissime occiditur.
Callistratus, sub eisdem.
Claudius Tryphoninus, sub eisd.
Ælius Marcianus, sub eisdem.
Domitius Ulpianus, sub eisdem, et Alexandro.
Julius Paullus, sub eisdem.
Florentinus, sub eisdem.
Æmilius Macer, sub eisdem.
Venulejus Saturninus, sub eisdem.
Licinius Rufinus, sub eisdem.
Herennius Modestinus, sub eisdem.
Furius Anthianus, incertæ ætatis.

Rutilius Maximus, incertæ ætatis.
Hermogenianus, sub Constantino.
Aurelius Arcadius, sub eodem.
Julianus Aquila: sub eodem.

Ex his celebriores fuerunt Papinianus, Ulpianus, Paullus, Julianus, Scævola, Marcellus, Modestinus.

Illud vero opus est, tirones scire, duas ipse famosas Jurisconsultorum sectas: unius caput fuit Antistius Labeo in hoc elencho collocatus, quia leges in Pandectis habet; alterius Atejus Capito. Primi et præcipui Labeonis discipuli fuerunt Nerva et Proculus; Capitonis Sabinus et Cassius; atque inde qui illam sequebantur scholam Proculejani sunt dicti; qui hanc Sabiani seu Cassiani.

TERTIUS ELENCHUS.

PRÆCIPUARUM LEGUM ROMANORUM, QUARUM NOTITIA JUS JUSTINIANEUM INVESTIGATURIS OMNINO NECESSARIA: IN QUO ET SEQUENTI ANNOS URBIS CONDITÆ LAUDAMUS.

Ælia Sentia lata an. ab U. C. 756. de manumissionibus. De ea agitur in *Inst. lib.* 1. *tit.* 6.

Aquilia, quæ plebiscitum fuit, incertæ, sed antiquæ ætatis; quippe ejus jam meminit Cicero in *Brut. cap.* 34. Locuta est de damno injuria dato. De ea agitur in *Inst. lib.* 4. *tit.* 3. et in *Pandectis lib.* 9. *tit.* 2.

Ateria Tarpeja lata an. 300. Nihil de ea in corpore juris. Sed hic ejus meminimus, quia opus fuit eam memorare *sup. in histor. n.* 22.

Atilia de tutelis. Non est prorsus certa ejus ætas; sed valde probabile fuisse latam an. 443. Memoratur in *Inst. lib.* 1. *tit.* 20. *in pr.*

Atinia de usucapionibus, lata an. 557. aut 556. Agitur de ea in *l.* 4. §. 6. *l.* 33. *de usurp. et usucap.* et in *Inst. lib.* 2. *tit.* 6. §. 2. sed in *hoc.* §. corrupte legitur *Atilia* pro *Atinia*, ut notant Interpretes.

Cornelia de falsis, lata à Cornelio Sulla Dictatore, an. 673. De ea est *titulus* 10. *lib.* 48. *Digestorum*, *et titulus* 22. *lib.* 9. *Codicis.* Agitur quoque in *Inst. lib.* 4. *tit. ult.* §. 7. ubi dicitur vocari etiam *testamentariam*, et verisimile est fuisse ipsam, quæ introduxit fictionem ad conservanda testamenta eorum, qui captivi decedebant apud hostes, de qua in *Inst. l.* 1. *tit.* 12. §. 5. Hotomanus tamen distinctam esse putat.

Cornelia de injuriis, lata eodem an. 673. Memoratur in *l.* 5. *de injur. lib.* 12. *in fin. de accus.* et agitur de ea in *Inst. lib.* 4. *tit.* 4. §. 8.

Cornelia de Sicariis, et veneficiis seu veneficis, lata eodem an. 673. De ea est *titulus* 8. *l.* 48. *Digestorum*, *et titulus* 16. *lib.* 9. *Codicis*. Agitur quoque de ea in *Inst. lib.* 4. *tit. ult.* §. 5.

Cornelias alias plures omittimus, quia et minus celebres, et instituto nostro non congruunt.

Fabia de plagiariis, incertæ ætatis. De ea est *titulus* 15. *l.* 48. *Digest. et titulus* 20. *lib.* 9. *Codicis*, ac in *Inst.* §. 10. *lib.* 4. *tit. ult.*

Falcidia de testamentis seu legatis, lata an. 744. Celeberrima est. Ejus tractatio occupat integros titulos 2. *libri* 35. *Digest.* 50. *lib.* 6. *Cod. et* 22. *lib.* 2. *Instit.*

Fusia Caninia de manumissionibus, lata an. 752. seu ut alii volunt, 761. De ea est *titulus* 7. *lib.* 1. *Inst.*

Horatia seu Valeria de plebiscitis, lata an. 304. Eam exposuimus *sup. in histor. n.* 28.

Hortensia de plebiscitis, lata an. 465. Eam quoque exposuimus *in histor. sup. n.* 30. Memoratur in *Inst. lib.* 1. *tit.* 2. §. 4.

Julia de adulteriis, lata anno 737. De ea est *titulus* 5. *l.* 48. *Digest. et nonus lib.* 9. *Cod. et* §. 4. *libri* 4. *tit. ult. Inst.* Sed et sunt aliæ plurimæ leges Juliæ, partim sub Julio Cæsare, partim sub Augusto latæ. Earum aliquæ titulos peculiares habent in *Digest. et Cod.* ac in *titulo ult. lib.* 4. *Inst.* memorantur, videlicet, de ambitu, de annona; Majestatis; peculatus et de sacrilegiis et de residuis, repetundarum, de vi publica et privata. Aliæ insuper sunt minus notæ, quarum longum recensum agit et exponit Hotomanus in *Indice legum Romanarum.*

Julia de maritandis ordinibus, lata an. 757. Sed quia postea severius sancita et promulgata fuit an. 762. Papio Mutilo, et Poppæo Sabino Consulibus, appellata est Julia et Papia Poppæa, et celeberrima fuit. Eam longo commentario illustravit Heineccius.

Julia et Titia de dandis tutoribus, lata an. 723. Memoratur in *Inst. lib.* 1. *tit.* 20. *in pr.*

Junia Velleja, quæ corrupte legitur *Julia* in *Inst. lib.* 2. *tit.* 13. §. 2. de posthumis hæredibus instituendis, lata an. 763. Laudatur sæpe sub nomine *Velleja* tantum in celeberrima *l. Gallus* 29. *de liber. et post.*

Pompeja de parricidiis, lata an. 699. De ea est *titulus* 9. *lib.* 48. *Digest. et* §. 6. *lib.* 4. *tit. ult. Inst.* Sunt aliæ plures leges Pompejæ, vix in corpore juris notæ. Eas recenset Hotoman. in *Indice legum Romanarum.*

Porcia, quæ pro tergo civium lata dicitur à Liv. *lib.* 10. *cap.* 9. quod gravi pœna, si quis verberasset necassetve civem Romanum, sanxit. Hotom. putat latam fuisse an. 554. sed probabilius Bach. an. 557.

Publia de plebiscitis, lata an. 414.

Regia. Eam nihil aliud fuisse, quam congeriem multorum senatusconsultorum in honorem Augusti, de ejus imperio firmando et augendo, probat Heineccius in *Antiq. Roman. lib.* 1. *tit.* 2. §. 62. Appellatur etiam *Augustum privilegium*, *lex Augusti et lex imperii.*

Rhodia de jactu, ita dicta à Rhodiis ejus auctoribus. Eam Romanis probatum patet ex *titulo* 2. *lib.* 14. *Digest.*

Scribonia de usucapionibus, lata an. 720. Ejus meminit Paul. in *l.* 4. §. 29. *de usurp. et usucap.*

Terentilla an. 293. Ea est quam indicavimus *sup. in histor. n.* 23.

Valeria, vide Horatia.

Velleja, vide Junia.

Voconia de coercendis mulierum hæreditatibus et legatis, lata an. 584.

QUARTUS ELENCHUS.

SENATUSCONSULTORUM MAGIS MEMORABILIUM.

Apronianum incertæ ætatis, quo permissum ut civitatibus hæreditates fideicommissæ relinqui possent, *l.* 26. *ad senatusc. Trebell.*

Claudianum factum sub Claudio an. 805. de pœna feminarum ingenuarum, quæ servis conjungerentur. Illud sustulit Justinianus *l. un. C. de senatusc. Claud. tol.* Et memoratur in *tit.* 13. *lib.* 3. *Instit.*

Macedonianum factum sub Claudio, vel, ut aliis placet, sub Vespasiano. Prohibuit filiisfam. dari pecuniam mutuam. De eo est *titulus* 6. *lib.* 14. *Digest. titulus* 28. *lib.* 4. *Cod. et* §. *sept. lib.* 4. *tit.* 7. *Inst.*

Orphitianum an. 930. sub Marco et Commodo. Dedit filiis successionem matris intestatæ. De eo est *titulus* 17. *lib.* 38. *Digest. titulus* 6. *lib.* 57. *C. et titulus* 4. *lib.* 3. *Inst.*

Pegasianum de fideicommissariis hæreditatibus sub Vespasiano, quo anno satis non constat. Quid eo fuerit constitutum docet §. 5. *libri* 2. *titulus* 23. *Inst.*

Silanianum. Sub Augusto De puniendis servis ejus qui domi suæ necatus fuerat. De eo est *titulus* 5. *lib.* 29 *Digestorum.*

Tertyllianum seu Tertullianum sub Hadriano: quo anno non constat. Dedit matri successionem intestatam filiorum De eo est *titulus* 17. *lib.* 38. *Digest. titulus* 56. *lib.* 6. *Cod. et titulus* 3. *lib.* 3. *Inst.*

Trebellianum de fideicommissariis hæreditatibus, an. 815.

Sub Nerone. De eo est *titulus* 1. *lib.* 36. *Digest. et titulus* 49. *lib.* 6. *Cod.* Agitur etiam de eo in §§. 4. 6. et 7. *lib.* 2. *Inst.*

Turpillianum de accusationibus desertis, factum sub Nerone, quo autem anno non satis constat. De eo est *titulus* 10. *libri* 48. *Digest. et titulus* 45. *libri* 9. *Cod.*

Vellejanum de intercessionibus mulierum. Incerta est ejus ætas, et utrum factum fuerat sub Augusto, an sub Claudio. De eo est *titulus* 1. *lib.* 16. *Digest. et titulus* 49. *lib.* 6. *Cod.*

José Mª Aranio

Año de 1845 á 46.

M. Alava.

INSTITUTIONUM ROMANO-HISPANARUM LIBER I.

PROŒMIUM.

IN NOMINE DOMINI NOSTRI JESU-CHRISTI.

Imperator Cæsar Flavius, Justinianus, Alemanicus, Gothicus, Francicus, Germanicus, Anticus, Alanicus, Vandalicus, Africanus, Pius, Felix, inclytus, Victor ac Triumphator, semper Augustus, cupidæ legum juventuti S.

De usu Armorum et Legum.

Imperatoriam majestatem non solum armis decoratam, sed etiam legibus oportet esse armatam, ut utrumque tempus, et bellorum et pacis recte possit gubernari: et Princeps Romanus non solum in hostilibus præliis victor existat, sed etiam per legitimos tramites calumniantium iniquitates expellat, et fiat tam juris religiosissimus, quam victis hostibus triumphator (magnificus)

De bellis et legibus Justiniani.

1. *Quorum utramque viam cum summis vigiliis, summaque providentia, annuente Deo, perfecimus. Et bellicos quidem sudores nostros Barbaricæ gentes sub juga nostra redactæ cognoscunt, et tam Africa, quam aliæ innumeræ Provinciæ post tanta temporum spatia, nostris victoriis à cælesti Numine præstitis, iterum ditioni Romanæ, Nostroque additæ imperio, protestantur. Omnes vero populi legibus tam à nobis promulgatis, quam compositis reguntur.*

De compositione Codicis et Pandectarum.

2. *Et cum sacratissimas con-*

stitutiones antea confusas in luculentam ereximus consonantiam: tunc nostram extendimus curam ad immensa veteris prudentiæ volumina, et opus desperatum, quasi per medium profundum euntes, cœlesti favore jam adimplevimus.

De tempore, Auctoribus, fine, et utilitate compositionis Institutionum.

3. *Cumque hoc, Deo propitio, peractum est: Triboniano viro magnifico, Magistro et Exquæstore sacri palatii nostri, et Exconsule, necnon Theophilo, et Dorotheo viris illustribus et Antecessoribus (quorum omnium solertiam, et legum scientiam, et circa nostras jussiones fidem, jam ex multis rerum argumentis accepimus) convocatis, mandavimus specialiter, ut ipsi nostra auctoritate, nostrisque suasionibus* Institutiones *componerent: ut liceat vobis prima legum cunabula non ab antiquis fabulis discere, sed ab Imperiali splendore appetere: et tam aures, quam animi vestri, nihil inutile, nihilque perperam positum, sed quod in ipsis rerum obtinet argumentis, accipiant. Et quod priore tempore vix post quadriennium prioribus contingebat, ut tunc constitutiones Imperatorias legerent, hoc vos à primordio ingrediamini digni tanto honore, tantaque reperti felicitate, ut et initium vobis et finis legum eruditionis à voce principali procedat.*

Divisio Institutionum.

4. *Igitur post libros quinquaginta Digestorum seu Pandectarum, in quibus omne jus antiquum collectum est, quod per eundem virum excelsum Tribonianum, necnon cæteros viros illustres et facundissimos confecimus; in quatuor libros easdem Institutiones partiri jussimus, ut sint totius legitimæ scientiæ prima elementa.*

Quid in Institutionibus contineatur.

5. *In quibus breviter expositum est, et quod antea obtinebat, et quod postea desuetudine inumbratum, Imperiali remedio illuminatum est.*

Ex quibus libris compositæ sint Institutiones, atque earum recognitio et confirmatio.

6. *Quas ex omnibus antiquorum Institutionibus, et præcipue ex commentariis Caji nostri, tam Institutionum, quam rerum quotidianarum, aliisque multis commentariis compositas, cum tres viri prudentes prædicti nobis obtulerunt, et legimus, et recognovimus, et plenissimum nostrarum constitutionum robur eis accommodavimus.*

Adhortatio ad studium juris.

7. *Summa itaque ope, et ala-*

cri studio has leges nostras accipite: et vos metipsos sic eruditos ostendite, ut spes vos pulcherrima foveat, toto legitimo opere perfecto, posse etiam nostram Rempublicam in partibus ejus vobis credendis gubernari. D. OP. XI. Kalend. Decemb. D. JUSTINIANO PP. A. III. CONS.

In *hujus prooemii* illustrationem accommoda quæ diximus in *Historia*, epocha VII.

TITULUS PRIMUS.

DE JUSTITIA ET JURE.

Concord. Dig. Lib. I. *Tit.* I. (1).

1 Duo in omni jure constituto insunt: jus ipsum seu lex, quæ jubet et constituit; et res quæ eo jure jubetur et constituitur, ac proinde universi juris tractatio duabus partibus continetur, quarum una est de jure constituente sive de legibus qua naturalibus qua civilibus; altera de jure constituto sive de eo, quod legibus sancitum cautumque est. Et quia prima naturâ quæstio est de jure constituente, de eo etiam primo loco veteres tractaverunt: quod non modo in his *Institutionum libris*, sed etiam in *Pandectis* animadvertere licet. Nam prima quæstio proponitur atque absolvitur quatuor libris in vestibulo sive ingressu *Pandectarum*: reliquo opere agitur de jure constituto. Idem et in *Institutionibus* observatum est: siquidem duo priores tituli hujus libri primam quæstionem continent: reliqua parte operis altera quæstio, quæ multo latius patet, tractatur, initio facto à discretione materiæ sive subjecti hujus scientiæ: quæ divisio in hac quæstione omnium prima est et generalissima. Inscribitur hic titulus *de justit. et jure.*

2 Aristoteli et plerisque moralis Philosophiæ professoribus justitia duplex est, universalis et particularis. Universalis in se comprehendit etiam aliarum omnium virtutum officia, peculiari tamen cum respectu, quatenus nimirum illa necessaria sunt, aut conducunt ad conservationem et perfectionem civilis societatis, ut ne quid admittatur contra rationem aut honestatem, quod non admitti vel publice, vel privatim intersit. Hæc eadem justitia et legalis dicitur, propterea quod non minus late pateat, quam ipsæ leges, quæ etiam sub regula et norma hujus justitiæ: unde à Cicerone *lib.* 1. *de legib. cap.* 15. definitur: *Obtemperatio scriptis legibus et institutis*

(1) *Tit.* 1. *P.* 3.

populorum, et ab Aristotele *lib.* 5. *Eth.* 1. *Obedientia erga omnes leges.* In summa hæc justitia à virtute in genere non differt essentia, sed hactenus tantum, quod quando consideratur ut habitus animi, dicatur virtus simpliciter, quando ut civilis societatis conservatrix, justitia, auctore Michaële Ephesio ad *dict. loc. Aristotelis.* Vitium huic legali justitiæ oppositum dicitur *transgressio legis.*

3 Particularis justitia vel distributiva est, vel commutativa. Distributiva respicit quod quisque meretur, quodque cuique convenit, sive id præmium sit, sive pœna, sive honor, sive onus. Commutativa suum cujusque proprie sumptum spectat. Vitium particulari justitiæ oppositum *injuria* appellatur.

4 Aliam justitiæ divisionem tradunt Heinec. in *recitat. hoc tit.* aliique laudantes Grot. *de jur. bel. et pac. lib.* 1. *cap.* 1. §.8. in expletricem et atributricem. Illam dicunt esse quæ dirigitur ad officia hominis necessaria, quæ perfecta dici solent; ad quæ cogi potest, qualia sunt alterum non lædere, suum cuique tribuere; hanc vero quæ officia respicit imperfecta, quæ honesta, humana et laudabilia sunt, voluntaria tamen et non necessaria, quæ ab invito extorqueri nequeunt, utputa pauperi stipem elargiri, errantes et miseros consilio adjuvare. Sed hæc divisio satis non placet, quia atributrix quam dicunt, potius appellanda charitas, quam justitia, saltem si linguis Theologorum loquamur. Sane in casu extremæ necessitatis, etiam ad hæc officia alias imperfecta cogi possumus, sed tunc fiunt perfecta, et ad justitiam expletricem pertinent, ut nomen justitiæ atributricis semper debeat silere.

5 Disciplina civilis non dirigit internas animi functiones, et potissime versatur circa justitiam particularem in ejus juris obedientiam animos formans, cujus executio in judiciis urgetur. Negari tamen non potest, quin interim quoque spectet justitiam universalem, quæ omnium virtutum officia complectitur. Docet enim juste vivendum esse secundum omnes leges; ipsaque adeo juris præcepta omnem speciem virtutis et honestatis continent, certe quatenus eo spectant, ut juste vivatur, et civium inter se honesta sit societas, quod hic quærimus. Et vero si legibus, et legum latoribus proposita est universa virtus, ut sane est, cum beatitudo civilis sit universarum legum summa, teste Platone 5. *de legib.* etiam legum scientiæ, et consultis eadem proposita erit; neque enim minus late patet officium Jurisconsulti in legibus interpretandis, quam Legislatoris in sanciendis: totoque falluntur judicio, qui officium Jurisconsulti cancellis forensium causarum circumscribunt. Utique illa: *Hominem mortuum in urbe ne sepelito, neve urito: Rogum ascia ne polito: Mulieres genas ne radunto, neve lessum feneris ergo habento*, et similia lege 12. Tab. cauta nullo modoad justitiam particularem referri possunt. Quod si quid in hujus-

modi quæstione valere debet auctoritas Principis, ipse Justinianus *Nov.* 69. *in pr.* diserte ait: Justitiam illam, quæ singulis virtutibus assistit, easque ad debitum finen perducit, etiam finem esse legum prudentiæ.

6 Juris vocabulum variæ significationis est: propria significatio una minus propria plures. Proprie jus dicitur: *Naturæ aut populi, ejusve, qui vicem populi sustinet, jussum.* Arguit id etymon ipsius vocabuli, quod à jubendo dictum esse vel ex eo liquet, quod veteres, auctore Festo, jura dixerunt *jussa.* In hac autem significatione passim usurpatur, veluti cum dicimus: *Jure quid fieri: Juris rationem non pati: Contra jus esse*; sic dicitur jus *naturale, civile, prætorium.*

7 Ceteræ significationes minus propriæ; ut primo cum jus accipitur pro eo, quod jure continetur et cuique tribuitur. Idque vel generatim et indefinite, ut in hisce formulis aut id genus aliis, cum dicimus: *Jus suum cuique tribuere: Nemini mortalium jus suum detrahi oportere*; eodemque modo haud dubie accipi debet, cum dicimus: *Jura sanguinis, agnationis, naturalia et adoptionis jura*; nempe pro beneficiis sanguini, agnationi, naturæ, adoptioni jure tributis. Vel specialiter pro facultate et potestate jure tributa, quod fit quoties verbis faciendi jus adjungitur, ut in definitionibus itineris, actus, viæ, ususfructus, actionis, in quibus omnibus metonymia est continentis pro contento. Secundo cum jus accipitur pro juris arte per eandem figuram, converso modo, ut in *l.* 1. *pr. hoc tit.* Tertio cum accipitur pro loco, in quo jus redditur, ut cum dicimus: *In jus vocare: In jure confessos pro judicatis haberi*: in quo idem fere tropus est adjuncti pro subjecto, *l. pen. eod.* Quod si nunc quæratur, qua in significatione jus *hoc loco* accipi debeat, propriane an figurata, constanter respondebimus, in propria. Arguit hoc ipsa materia, quæ et in *hoc*, et in *seq. tit.* tractatur. Arguunt definitiones et divisiones, quæ *utroque titulo*, et in *Pand. eodem* traduntur; ut mirum sit inveniri, qui serio contendunt, jus *hic* pro juris arte accipiendum.

TEXTUS.

Definitio justitiæ.

Justitia est constans et perpetua voluntas jus suum cuique tribuendi (1).

COMMENTARIUS.

1 (*Voluntas*). Generis loco ponitur, non voluntas simpliciter ut potentia naturalis est, quo sensu justitiæ non convenit, utpote qualitati adventitiæ et adquisitæ; sed, *voluntas constans et perpetua*, quibus verbis habitus animi significatur: habitus autem omnes adquisiti sunt, ut docent Philosophi, si infusos excipias, de quibus Theologi.

(1) *L.* 1. *tit.* 1. *P.* 3.

2 (*Jus suum cuique tribuendi*). Hæc verba differentiam constituunt, et objectum, finemque justitiæ demonstrant. Objectum enim justitiæ est jus cujusque suum: finis, ut id quisque obtineat, hoc est, ut cuique quod ei debetur, tribuatur (1). Auctor hujus definitionis est Ulpianus *l.* 10. *hoc tit.*

3 Placet hic monere cum Heinec. in *recitat. hoc tit.* §. 19. definitione ista definiri justitiam moralem seu moraliter consideratam, prout est virtus mentis, quæ hominem facit justum coram Deo: civilis vero, quæ finis est jurisprudentiæ, optima definitio erit quam tradidimus *sup. in rubr. n.* 2. ex Aristot. Hæc autem civilis seu legalis justitia respicit duntaxat opera externa, nihil de mente eam exercentis solicita, contenta si cuicumque tribuatur jus suum.

TEXTUS.

Definitio jurisprudentiæ.

1. *Jurisprudentia est divinarum, atque humanarum rerum notitia, justi, atque injusti scientia.*

COMMENTARIUS.

1 (*Jusrisprudentia*). Hoc nomen confiatum est ex duobus *Juris*, *Prudentia*. Et licet disciplinæ nostræ conveniant etiam hæc alia nomina *Juris ars*, *scientia*, *sapientia*, *intelligentia*, hisque promiscue utantur non tantum Jurisconsulti, sed etiam qui populariter loquuntur; fatendum tamen est, proprius ipsi tribui nomen *Prudentia*, cum prudentia sit pars Philosophiæ practicæ, cujus habitus est disciplina nostra, quæ idcirco *Jurisprudentia* frequentius appellatur. Auctor hujus definitionis Ulpianus in *l.* 10. §. 2. *hoc tit.*

2 In hac definitione genus est *notitia* aut *scientia*, quæ duo idem significant. Differentia petitur ab objecto, ejusque considerandi modo. Objectum sunt res divinæ et humanæ, de quibus jurisprudentia tractat; agit enim de jure privato, ac publico, et publici pars est divinum, *l.* 1. §. 2. *hoc tit* (2). Modum considerandi denotant verba *justi*, *atque injusti*, nempe hactenus res divinas et humanas esse objectum hujus scientiæ, quatenus ipsa cum de jure earum quæritur, quid justum aut injustum sit, docet. Finis est, ut id tantum, quod justum et æquum est fiat (3), quo respexit Celsus: dum in *d. l.* 1. in *pr.* jurisprudentiam definivit: *Ars æqui et boni*, eam describens ab officio profitentis seu exercentis, cui semper ab injusto abstinendum est.

TEXTUS.

De juris methodo.

2. *His igitur generaliter co-*

(1) *D. l.* 1. *de eod. per tot. l.* 2. *in fine tit.* 27. *P.* 2. *versic.* Ca la Justicia.

(2) *Arg. l.* 2. *et* 4. *tit.* 2. *P.* 2.

(3) *L.* 2. *tit.* 1. *P.* 3.

gnitis, et incipientibus nobis exponere jura populi Romani, ita videntur posse tradi commodissime, si primo levi ac simplici via, post deinde diligentissima atque exactissima interpretatione, singula tradantur: alioqui, si statim ab initio rudem adhuc et infirmum animum studiosi multitudine, ac varietate rerum oneraverimus; duorum alterum, aut desertorem studiorum efficiemus, aut cum magno labore, sæpe etiam cum diffidentia (quæ plerumque juvenes avertit) serius ad id perducemus, ad quod leviore via ductus sine magno labore et sine ulla diffidentia maturius perduci potuisset.

COMMENTARIUS.

1 *Hoc textu* duntaxat docemur, primo levi et simplici via, et postmodum exactissima et difficiliori interpretatione procedendum esse, ne ab initio infirmi studiosorum animi terreantur.

TEXTUS.

Juris præcepta.

3 *Juris præcepta sunt: Honeste vivere, alterum non lædere, suum cuique tribuere* (1).

COMMENTARIUS.

1 Præceptorum nomine *hic* et apud Ulpian. in *l.* 10. §. 1. *hoc tit.* intelligimus quædam dictata et præscripta illius juris communis, quod semper justum et æquum est, sive notiones quasdam ab ipsa natura absque ullo artis adminiculo insitas, et animis mentibusque nostris quasi consignatas et insculptas. Et primum quidem, quo vitæ honestas præcipitur, ad nosmetipsos dirigitur, eoque vetantur facta omnia, quæ lædunt pietatem, verecundiam, existimationem nostram, et generaliter, quæ pugnant cum legibus, bonis moribus, et publica honestate: in tantum ut nonnunquam etiam ab iis abstinendum sit propter honestatem, quæ legibus civilibus permissa, aut non expresse prohibita sunt; propterea quod leges civiles in his invitæ connivent et dissimulant, ne majoris mali præbeatur occasio. Quæ ita permittuntur non evadunt honesta, sed solum licita, juxta phrasim civilem, id est, impunita, hocque est quod traditur in *l.* 144. *de diver. reg. jur. Non omne quod licet honestum est*; eodemque sensu dixit Cicero *pro Balbo c.* 3. esse aliquid quod non oporteat, etiamsi liceat. Non igitur simplex admonitio, sed validum juris præceptum traditur à Justiniano in *hoc textu.*

2 (*Alterum non lædere*). Hoc secundum præceptum directo refertur ad alterius personam: ne scilicet alicujus vitam, incolumitatem, libertatem, existimationem lædamus aut violemus. Tertium (*suum cuique tribuere*) ad res externas, ut ab alieno manus abstineamus, hoc est, res alienas non attrectemus aut minuamus, sed patiamur unumquemque rebus suis uti, et reddamus quod

(1) *Lib.* 3. *tit.* 1. *P.* 3.

alienum apud nos est. Plus justo religiosi sunt, qui nec plura esse juris præcepta contendunt, nec pauciora: Nam et uno ex his tribus universum justitiæ munus comprehendi potest, ut in definitione justitiæ in tertio præcepto duo priora comprehensa sunt: et possunt etiam quædam justitiæ munera aliis præceptis seu verbis specialibus et evidentius exprimi, ut: *Deum colere*: *Parentes revereri*: *Pacta servare*, &c. Non est igitur de numero præceptorum maxime laborandum, cum sint plura vel pauciora, si strictius vel latius accipiantur.

TEXTUS.

De jure publico et privato.

4 *Hujus studii duæ sunt positiones: publicum, et privatum. Publicum jus est, quod ad statum rei Romanæ spectat. Privatum est, quod ad singulorum utilitatem pertinet. Dicendum est igitur de jure privato, quod tripartitum est: collectum enim est ex naturalibus præceptis, aut gentium, aut civilibus.*

COMMENTARIUS.

1 (*Hujus studii duæ positiones*). Studium sumitur *hic* figurate pro jure cui studetur: nam studium nullum est publicum, sed cujuslibet proprium et privatum. Verbum *Positiones* idem valet ac partes seu species. Dum ergo Justinianus dicit: *Hujus studii duæ sunt positiones*: jus dividit in duas species; *publicum* et *privatum*. Est autem sumpta hæc divisio ab objecto et fine principali. Alii jus dividunt in *divinum*, *publicum*, et *privatum*. Sed hæc trimembris divisio in modo, et non in re à bimembri est diversa, cum jus divinum comprehendatur sub publico, tanquam hujus pars, ut *supra* §. 1. monuimus.

2 (*Publicum jus est*). Juris publici nomen non uno modo accipitur. Id ne quem turbet sciendum est, jus publicum sæpe dici à forma, seu causa efficiente, auctoritate nempe, qua constitutum est. Hoc sensu (ut innumera exempla omittam) testamenti factio juris publici dicitur in *l.* 3. *qui testam. fac. pos.* nimirum, quia à lege est, seu publica legis auctoritate concessa: atque ita appellatur ad differentiam ejus juris quod cuique privatim acquiritur ex conventionibus, quippe quæ parem cum legibus auctoritatem non habent, quod Papinianus sic expressit in *l. ult. de suis et leg. hær. Privatorum cautiones legum auctoritate non censentur.* Et quod legimus in *l.* 38. *de pact.* et *passim* alibi, jus publicum privatorum pactis infringi aut immutari non posse; nihil aliud significat, quam ex eo jure, quod publica auctoritate constitutum est, nihil posse privatorum pactionibus immutari. Sic nec testator ipse, nec alius privatus efficere potest, ut in factione testamenti pauciores testes sufficiant quam lex desiderat.

3 Interdum jus publicum accipitur pro eo jure, quod civium omnium ejusdem civitatis commu-

ne est, quia nempe publicum est usu, cuilibet è populo competens, ut in *l.* 116. §. 1. *de diversis regulis juris*, quo casu jus privatum ei oppositum intelligitur illud quod certarum duntaxat personarum proprium est, unoque nomine *privilegium* appellatur.

4 (*Hoc* autem *loco* ab objecto et fine id solum jus publicum dicitur, quod ad utilitatem publicam, hoc est, totius populi, universim et conjunctim pertinet; non item ad singulos, nisi à secundario et per consequentiam. Nam quod publice utile est directo, id non potest non esse utile privatim á secundario: quemadmodum ex utilitate privatorum publicam quoque per consequentias æstimamus. Atque ita intelligitur, quod dici solet: *Publice interest suprema hominum judicia exitum habere*, aliaque id genus, à secundario scilicet, quia primaria utilitas privatorum est.

5 (*Rei Romanæ*). De jure publico ita accepto ait Justinianus illud esse: *Quod ad statum rei Romanæ spectat*, id est, *Reipublicæ Romanæ*, ut in illo Virg. de Marcello loquentis, *lib.* 6. *Æneid. v.* 857.

Hic rem Romanam magno turbante tumultu
Sistet eques.

Si vocem *Romanæ* detrahas, definitio erit generalis: sed *hic* adjecta ad differentiam aliarum civitatum, quæ cum Romana collatæ, privatorum loco erant, *l.* 15. et *seq. de verb. sign.* Vel potius, quia Justiniano tantum propositum fuit jus civitatis Romanæ tractare, uti et Ulpiano in *l.* 1. §. 2. *hoc tit.*, unde hæc sumpta sunt. Hujus juris publici sunt, quæ pertinent ad religionis cultusque divini curam: ad pacis bellique ordinationem: ad jus legum ferendarum, privilegiorum irrogandorum, tributorum imperandorum, monetarum cudendarum: ad delicta coercenda: judicia exercenda: Magistratusque creandos, per quos hæc expediantur.

6 (*Quod ad singulorum*). Jus privatum in hac divisione est, quod singulorum civium causa recte et principaliter comparatum est. Itaque hac ratione, utilitatis videlicet, privati juris sunt testamenti factio, aliaque similia, quæ auctoritate publica sunt.

7 (*Tripartitum est*). Postquam Justinianus jus ab objecto dividit in publicum et privatum, insuper habito jure publico (quia ejus tractatio difficilior ipsi fuit visa, quam ut tironibus proponi debeat) de privato ait, tripartitum esse, collectumque ex *præceptis naturalibus*, *gentium*, *et civilibus*; quibus verbis aperte aliam juris divisionem nobis tradit, non ab objecto et fine, ut præcedens, sed à causa efficiente, quæque *titulo sequenti* late explicatur. Qui hanc ex ratione causæ efficientis divisionem bimembrem faciunt in jus naturale et positivum, non in re, sed in modo tantum à Justiniano dissident, quia hi sub nomine *juris naturalis* comprehendunt ea duo membra, quæ Justinianus *naturale*, *et gentium* appellat: uti nec illi, qui jus partiuntur in commune omnium, et proprium alicujus civitatis, duo

membra sub priori complectentes.

8 "Sic in Hispania sub nomi-„ne *juris naturalis* signinificatur „*jus gentium* in *l.* 31. *tit.* 18. *P.* 6. „ut recte monet Greg. Lop. in „*gl.* 1. *ejusd. l.*"

TITULUS SECUNDUS.

DE JURE NATUR. GENTIUM, ET CIVILI (1)

TEXTUS.

De jure naturali.

Jus naturale est, quod natura omnia animalia docuit. Nam jus istud non humani generis proprium est, sed omnium animalium, quæ in cœlo, quæ in terra, quæ in mari nascuntur. Hinc descendit maris, atque fœminæ conjunctio, quam nos matrimonium appellamus, hinc liberorum procreatio, hinc educatio. Videmus enim cætera quoque animalia istius juris peritia censeri (2).

COMMENTARIUS.

1 Animalia bruta tam certum est esse juris expertia, quam certum est esse expertia rationis. Nam inter quos jus est, inter eos et ratio, et æquum, et bonum, et justitia, et lex, et societas sit necesse est, Aristoteles 5. *Ethic.* 10. et ut ait Cicero *lib.* 1. *de offic. In equis, in leonibus justitiam non dicimus*, et alias etiam beatitudo caderet in bruta. Bene igitur Grot. *lib.* 1. *de jure belli et pac. c.* 1. *Proprie juris capax non est, nisi natura præceptis utens generalibus.* Neque ullus Jurisconsultorum tradidit jus aliquod in bruta cadere, præter unum Ulpianum, ex cujus institutionibus hæc descripsit Tribonianus, ut apparet ex *l.* 1. §. 3. *de just. et jur.* ¿Quomodo ergo Ulpianum cum cæteris conciliamus? Simplicissima eorum sententia est, qui putant hoc ab Ulpiano figurate dici, propterea quod pleraque ex iis quæ ad jus naturale spectant, bruta etiam faciant, idque cum similitudine quadam sensus et desiderii humani. Unde Aristotes *lib.* 9. *de histor. animal. c.* 7. tales brutorum actus appellat: *Vitæ humanæ imitamenta.* Id vero interest, quod homines dum hæc facimus, rationem adhibemus, cum bestiæ in eis agendis, sola vi naturæ, et cæco impetu ferantur sine judicio, nec ratione. Exempla habemus *in hoc text.* Si proprie itaque loqui volumus, jus naturale nihil est aliud quam jus illud quod sub nomine juris gentium primævi exponimus in §. 1. *hoc tit. n.* 4. ut hæc nomina *jus*

(1) *Tit.* 1. *P.* 1.

(2) *L.* 2. *tit.* 1. *P.* 1. *l.* 2. *tit.* 19. *P.* 4.

naturale, *et jus gentium primævum* sint synonyma.

2 Nullius autem rei studium altius à natura insitum est omnibus animalibus, quam studium tuendi sui adversus vim illatam (1) *Hoc enim omni generi animantium à natura ante omnia tributum est*, scribit Cicero 1. *de offic. cap.* 4. *ut se, vitam, corpusque tueatur, declinetque ea, quæ nocitura esse videantur.* Et quanquam vim vi repellere licet, observandum nobis est, ne in propulsatione injuriæ excedamus moderamen inculpatæ tutelæ. Tunc autem non excessisse intelligitur, cum aliter periculum evitare non potuimus, *leg.* 1. *C. unde vi.* Hoc vero jus defensionis per se ac primario nascitur ex eo, quod natura quemque sibi commendat, non ex injustitia aut peccato alterius unde periculum est: et ideo si corpus vi impetatur cum præsente periculo vitæ non aliter evitabili, licitum est inferentem periculum occidere, etiamsi ille peccato careat, puta quia insania, aut insomniis agitetur. Videatur Gomez *var. resol. tom.* 3. *cap.* 3. *n.* 20. *et ibi* Ayllon et Grot. *lib.* 3. *de jur. bell. et pac. c.* 1.

TEXTUS.

Distinctio juris gentium et civilis à causa efficiente.

1 *Jus autem civile à jure gentium distinguitur, quod omnes populi, qui legibus et moribus reguntur, partim suo proprio, partim communi omnium hominum jure utuntur. Nam quod quisque populus sibi jus constituit, id ipsius proprium civitatis est, vocaturque jus civile; quasi jus proprium ipsius civitatis. Quod vero naturalis ratio inter omnes homines constituit, id apud omnes gentes peræque custoditur, vocaturque jus gentium, quasi quo jure omnes gentes utantur* (2). *Et populus itaque Romanus partim suo proprio, partim communi omnium hominum jure utitur. Quæ singula, qualia sint, suis locis proponemus.*

COMMENTARIUS.

1 (*Quod quisque populus*). Suis scilicet legibus, et moribus vivens. Nam si quæ civitas alterius imperio subjecta est, ea non plus facultatis habet in jure condendo, quam ille, cujus imperio subjecta est, concessit *l.* 9. *de leg. Rhod.* Cæterum statutorum condendorum in suo territorio quemlibet Magistratum jus habere tradunt DD. in *l.* 9. *h. tit.* unde *hic locus* descriptus est.

2 (*Vocatur jus civile*). In specie nimirum. Nam jus civile sumptum pro eo jure, quo in universum civitas utitur, etiam jus naturale et gentium, quatenus receptum est, comprehendit: eoque sensu obligationes, quæ ex contractibus juris gentium descendunt, dicuntur civiles, licet à Le-

(1) *L.* 2. *tit.* 1. *P.* 1. *l.* 2. *tit.* 8. *P.* 7. (2) *D. l.* 2. *tit.* 1. *P.* 1.

gislatore civili nihil habeant præter approbationem, §. 1. *inf. de obligat. Hic* igitur jus civile dicitur à causa efficiente, quæ est alicujus civitatis, aut ejus, qui jus legis ferendæ in ea habet, non communis gentium aut naturalis ratio. Ab Aristot. *legitimum* dicitur; vulgo *positivum.*

3 Potest vero hoc jus amplioris doctrinæ gratia sic distingui, ut aliud dicatur merum et simpliciter civile, quo pertinent omnes leges; quæ ideo tantum justæ sunt et obligant, quia à civili potestate sancitæ; cujusmodi sunt jura adoptionum, usucapionum, donationum inter conjuges (leges Hispanæ de meliorationibus tertii et quinti, aliæque similes): aliud, *secundum quid*, quod mixtum recte dixeris, cum scilicet juri communi lex civilis aliquid addit, aut detrahit, aut quod illo jure indeterminatum est determinat. Quo sensu matrimonia, patria potestas, tutelæ, testamenta, successiones, actiones, et id genus alia juris civilis esse dicuntur: nempe quia certa et propria quadam forma à jure civili donata sunt, atque ita determinata, ut certus eorum usus sit proprius civium tantum, exclusis ab eorum communione extraneis et peregrinis. Atque de hoc jure civili mixto accipiendum est quod scribit Ulpianus *l.* 6. *de just. et jur.* Cum additur aliquid, aut detrahitur juri communi, jus civile effici. Illud in universum tenendum est, juris civilis nomen non mereri, quod directe pugnat cum ratione juris naturæ, *d. l.* 6. *in pr.*

4 (*Naturalis ratio*). Ait Imperator jus gentium esse: *Quod naturalis ratio inter omnes homines constituit.* Unde sequitur, jus hoc non ex legibus aut institutis populorum æstimandum esse; sed ex eo, quod justum esse dictat ipsa ratio naturalis, id est, insita animis hominum notitia de honesto et turpi, justo et injusto. Quam obcausam et ipsum quoque jus naturæ appellatur, et æquum, et bonum, et naturalis æquitas, et natura. Videtur autem Imperator *hic* tantum definire voluisse speciem juris gentium excellentiorem, nempe jus gentium primævum, ut id DD. appellant. Neque enim hæc definitio æque accommodari potest juri gentium secundario, quod in §. *seq. ver. Nam usu*, ita describitur, ut respectu juris primævi quodammodo positivum dici possit: quanquam cum etiam secundarium naturali ratione nitatur, neque id aperte sanctione aliqua constitutum sit, sed tacita tantum, communi tamen consensione receptum, naturale quodammodo est, et à positivo secerni potest. Atque hoc etiam puto sentire Aristotel. *d. lib.* 1. *cap.* 4. ubi ait esse quoddam jus gentium, per conventum, seu publicum consensum.

5 Ut autem paucis explicem, qua ratione Doctorum illa juris gentium distinctio in primævum, et secundarium nitatur, quod hic locus quodammodo flagitat; nata

(1) *L.* 4. *d. tit.* 1. *P.* 1. *l.* 1. *tit.* 2. *lib.* 3. *Nov. Recop.*

est ea distinctio ex duplici consideratione rationis seu potius intellectus judicantis. Ut enim ratio, sicut Physici docent, vel simplex est et pura, quæ sine discursu judicat; vel composita et comparata, quæ per discursum munus suum exsequitur, ex collatione diversarum rerum aliquid colligens, ita et duplex est jus gentium. Unum quod à simplici illa ratione fluit seu intellectu; cujus juris sunt cultus Dei, reverentia parentum, neminem lædere, aliaque hujusmodi principia practica, quibus ultro sine argumentatione aut demonstratione assentitur, et justa esse sine agitatione mentis intelligimus. Alterum quod à composita seu intellectu, quod discursum et ratiocinationem habet, atque ex causa demum aliqua, aut hypothesi, et comparatione alterius rei justum esse intelligitur: cujus generis sunt ea omnia, quæ ad vitæ communis commoda, conjungendasque inter se Respublicas, et gentes á viris sapientibus excogitata in usu omnium gentium, aut plerarumque pervenerunt. Exempla habemus in §. *seq. vers. Nam usu* et elegans in *l.* 1. *ff. de contr. empt.* Quod jus à simplici illo intellectu est, *Primævum* DD. appellarunt, quod à composito, *secundarium*; hocque significari solet quando simpliciter *jus gentium* dicimus.

6 "In Hispania ordinationes "sive statuta ad Supremum Regium Senatum mittenda sunt, ut "iste decernat quid custodiendum "seu confirmandum sit, ut ex"presse habetur in *l.* 2. *tit.* 3. "*lib.* 7. *Novissima Recopilatio.*"

TEXTUS.

Ab appellatione, et effectibus.

2 *Sed jus quidem civile ex unaquaque civitate appellatur, veluti Atheniensium. Nam si quis velit Solonis, vel Draconis leges appellare jus civile Atheniensium; non erraverit. Sic enim et jus, quo Romanus populus utitur, jus civile Romanorum appellamus, vel jus Quiritum, quo Quirites utuntur. Romani enim à Romulo, Quirites à Quirino appellantur. Sed quoties non addimus nomen, cujus sit civitatis, nostrum jus significamus: sicuti quum Poetam dicimus: nec addimus nomen, subauditur apud Græcos egregius Homerus, apud nos Virgilius. Jus autem gentium omni humano generi commune est. Nam usu exigente, et humanis necessitatibus, gentes humanæ jura quædam sibi constituerunt. Bella etenim orta sunt, et captivitates secutæ, et servitutes, quæ sunt naturali juri contrariæ. Jure enim naturali omnes homines ab initio liberi nascebantur. Et ex hoc jure gentium omnes pene contractus introducti sunt, ut emptio et venditio, locatio et conductio, societas, depositum, mutuum, et alii innumerabiles.*

COMMENTARIUS.

1 (*Ex unaquaque civitate*). Jus civile non retinet unum idemque nomen, sed à nomine

ejus civitatis appellatur, quæ id constituit, ut in hoc discrepet à jure gentium.

2 (*Solonis vel Draconis*) Draco leges Atheniensibus dedit, in quibus, ut scribit Arist. 2. *Pol.* 10. nihil memorabile præter pœnarum acerbitatem. Pœna namque capitis fraudes prope omnes multabat. Unde dictum illud: *Draconis leges non atramento, sed sanguine fuisse scriptas.* Solon deinde, magna earum parte abrogata, alias scripsit, quibus Athenienses felicissime sunt usi.

3 (*Jus nostrum*). De Romani juris excellentia disserit M. Tullius in persona Crassi *lib.* 1. *de orat. cap.* 43. *et seqq.* Hodie jus civile Romanorum quasi gentium quoddam jus commune apud totam fere Europam observatur, utique in quibus causis propriæ leges aut consuetudines deficiunt. Sane æquitas et summa, qua constitutum est, prudentia illud commendant.

4 (*Usu exigente*). *Hic locus* confirmat receptam juris gentium distinctionem in primarium et secundarium; quanquam vitio non caret, quod Tribonianus non apertius distinctionem proponit. Primarium enim non ab hominibus excogitatum aut introductum est, sed nobis ingenitum: quemadmodum et notitiæ illæ simplices, unde illud promanat, mentibus nostris divinitus insitæ, et in cordibus nostris insculptæ sunt, etiam Apostolo teste *cap.* 2. *ad Rom.* Secundarium autem (quod Grotio 1. *de jur. bell. cap.* 2. *n.* 4. est voluntarium) ab hominibus inventum est, et mentis quadam agitatione, comparatis inter se aliis atque aliis rebus, excogitatum ad communem vitæ usum, retinendamque gentium inter se societatem; ut hujus juris ex parte causa sit usus et indigentia, teste Arist. 1. *Pol.* Quamobrem recte D. Chrysostomus *orat.* 76. hoc jus ait esse: *Inventum temporis et usus*; multumque ad probationem hujus juris utimur auctoritate illustrium Historicorum. Hoc igitur jus non tam rationis luce exortum, quam ratiocinationis ductu collectum est, et usu exigente accommodatum non tam naturæ integræ bonitati, quam corruptæ necessitatibus; conjungitque Respubl. et gentes inter se, quarum tacito quasi fœdere et conspiratione censetur. Recte igitur dicimus hoc jus esse; *Quod usu exigente, et humanis necessitatibus introductum est*, ut Justinianus indicat *hoc text.*

5 (*Gentes humanæ*). Non quod legis sanciendæ causa gentes omnes in unum convenerint: sed quia illud jus propter communem utilitatem tacito consensu gentium approbatum et ab omnibus receptum est.

6 (*Bella orta sunt*). Etiam inter ea, quæ sunt juris gentium secundarii, aliqua distinctio facienda videtur. Nam initio simul atque societates humanæ constitutæ sunt, simul necesse fuit dominia distinguere, jura commerciorum introducere: bella autem postea orta sunt, utpote quæ malitia hominum, et habendi libido introduxit, et consequenter etiam bel-

lorum jura. Scite Portius §. *præc. n.* 3. *Bella*, inquit, *sunt ex jure gentium non dispositive, sed occasionaliter, distinctis dominiis.*

7 (*Juri naturali contrariæ*). Bella, et hinc secutæ captivitates, et servitutes, si per se spectentur à ratione naturali prorsus aliena sunt: neque enim, quod utilitas omnium gentium exigit, societatem humanam bella tuentur, sed oppugnant atque evertunt. Ex hypothesi tamen et hæc rationem naturalem habent. Etenim si vim et injuriam nobis, aut sociis nostris illatam, vi et armis defendamus aut etiam vindicemus, captos hostes etiam in servitutem nostram redigamus, ut metu talis pœnæ improbi ab injuria in posterum abstineant, nemo, opinor, est, qui negabit hoc summa cum ratione fieri; de quo iterum, et latius *tit. seq.*

8 (*Omnes pene contractus*). To *pene* est temperamentum Jurisconsultis familiare, qui passim hujusmodi particulari adjectione sibi cavere solent, quando quid generaliter enuntiant aut definiunt; propterea quod in jure generalis definitio plerumque periculosa est, *l. omnis definitio* 202. *de reg. jur.* quod et Justinianus *hic* facit respiciens haud dubie ad *l.* 5. *de justit. et jur.* ubi Hermogenianus scribit quosdam contractus à jure civili introductos esse: quinam autem isti sint, non definit. Vulgo quidem putant esse, stipulátionem, et obligationem litterarum.

TEXTUS.

Divisio juris in scriptum, et non scriptum, et subdivisio juris scripti.

3 *Constat autem jus nostrum, quo utimur, aut scripto, aut sine scripto, ut apud Græcos τῶυ υὸμωυ ὸὶ μευ ἔγγραΦοι, οι δὲ ἂγραΦοι*, id est, legum aliæ (sunt) scriptæ, aliæ non scriptæ. *Scriptum autem jus est; lex, plebiscitum, senatusconsultum, Principum placita, Magistratuum edicta, responsa Prudentum.*

COMMENTARIUS.

1 (*Scripto, aut sine scripto*). Desumptus *hic locus* est ex *l.* 6. §. 2. et *l. seq. de just. et jur.* Jus scriptum est, *Quod expressa sanctione constitutum est*; jus vero non scriptum: *Quod moribus introductum est absque ulla expressa sanctione.* Quare distributio *hic* tradita ex accidenti est, ac caûsa instrumentali; nam formalis differentia legis sive ejus juris, quod opponitur juri non scripto aut consuetudini, non est scriptura, sed expressa voluntas, et sanctio civilis potestatis: sicut è contrario consuetudo aut jus non scriptum formam, et essentiam suam habet à tacita voluntate et consensu utentis populi, §. *sine scripto* 9. *inf. eod. l. de quibus* 32. *de legib.* Hujus rei evidentissimum argumentum est, quod nec consuetudo in scripturam redacta lex sit, nec lex non

scripta consuetudo. Lacedæmonii scriptis legibus usi non sunt, legibus tamen usi sunt, atque ita, ut proverbii vice jactitarent: *Scriptis legibus non uti*, vide Plutarchum in *Lycurg. p.* 47. Atque ut è Romana Republica exemplum petamus, nunquid lex non erat, cum rogante Magistratu: *Velitis jubeatis Quirites*, etc. populus in tabellis respondisset: *Uti rogas*? Quod autem rei jam in esse suo constitutæ ex accidenti supervenit, id de illius rei essentia non est.

2 Cur igitur legem appellamus jus scriptum? Quia nimirum postquam lata esset, scribi solebat, et scripto promulgari, aut in tabulis incisa publice proponi, quo et cognosceretur facilius, et minore negotio probaretur. Plane si non alio modo promulgandi civitas utatur quam per scripturam; potest dici, scripturam ad vim legis necessariam esse: neque enim ante lex vi sua constat, civesque ad observationem vel pœnam obligat, quam populo innotescere potuerit; quod sine promulgatione sive publicatione aliqua fieri non potest, *l.* 8. cum *seq. C. de legib.* (1), Perez ad *tit. C. de legib. n.* 21.

3 An igitur lex statim ut publicata est obligat? Maxime: eoque jure utimur, extra quam si certum tempus nominatim lege comprehensum sit, ex quo vim capiat, ut fit interdum, *Nov.* 57. in *fin. Nov.* 116. *c.* 1. Extat sane constitutio quædam, quæ indulget spatium duorum mensium à die publicationis observandum in omnibus novis legibus, *Nov. 66. c.* 1. Verum ea constitutio recte sic à plerisque accepta est, ut prosit hoc spatium ad allegationem ignorantiæ, atque hæc interim præsumatur, non quin lex promulgata citius obstringat eum, in cujus notitiam ante pervenit. Quod si quis post lapsum ipsius temporis ignorantiam alleget; esse quidem adhuc audiendum, sed hac conditione, ut causam ignorantiæ, quam allegat, probet, per *l. ult. de decr. ab ord. fac.*

4 (*Scriptum autem jus*). Licet temporibus Justiniani subdivisio juris scripti, quæ *hic* proponitur, jam non vigebat, quia soli Imperatori, non autem populo, plebi, nec Senatui potestas erat jura condendi: voluit nihilominus ipse eam tradere et singula membra explicare, ut veteris juris historia intelligeretur.

5 "In Hispania etiam solus »Rex jura condere valet, *l.* 12. »*tit.* 1. *P.* 1. *l.* 2. *tit.* 1. *P.* 2. *l.* 3. »*tit.* 2. *lib.* 3. *Nov Recop. vers.* »Y por que al Rey."

TEXTUS.

De lege et plebiscito.

4 *Lex est, quod populus Romanus Senatorio Magistratu interrogante (veluti Consule) constituebat. Plebiscitum est, quod plebs plebejo Magistratu (veluti Tribuno) constituebat. Plebs autem à populo eo differt, quo species à genere. Nam appellatio-*

(1) *Senat. sub die* 1. *April. an.* 1767.

ne populi universi cives significantur, connumeratis etiam Patriciis et Senatoribus. Plebis autem appellatione sine Patriciis et Senatoribus cæteri cives significantur. Sed et plebiscita, lege Hortensia lata, non minus valere, quam leges cœperunt.

COMMENTARIUS.

1 Sequitur singularum juris scripti partium explicatio, cui nos lumen aliquod ex antiquitatis memoria afferemus, cujus ignoratio crassos errores peperit.

2 (*Lex est*). Legem à *legendo* dictam, scribit Cicero *lib.* 1. *de legib. cap.* 6. quoniam in lege inest vis dilectus: jubet enim quæ honesta sunt, prohibetque contraria (1). Unde vocabulum legis non minus late patet, quam juris: tam enim dicimus, lege naturæ quid concessum, aut vetitum esse, quam jure, ut apud Ciceronem *passim*: frequentissime autem legem appellamus, quæ scripto sancit quod vult; eaque popularis est hujus vocis significatio, teste eodem Cicerone *d. lib.* 1. *de legib. c.* 6. Neque tamen omnis scripta sanctio arcto significatu lex est, sed ea tantum, qua universus populus obstringitur: nec alia de causa plebiscita initio leges dicta non sunt, quam quod partem tantum civium obligabant. At post legem Hortensiam plebiscita non minus proprie leges appellata, quam quæ populus centuriatim jussisset.

(1) *L.* 4. *tit.* 1. *P.* 1.

3 (*Senatorio Magistratu*). Lex ferebatur comitiis curiatis, vel centuriatis à Magistratibus penes quos erant majora Reipublicæ auspicia, puta à Consule, Dictatore, vel Prætore.

4 (*Interrogante*). Rogabat Magistratus his verbis: *Velitis jubeatis Quirites*, &c. Populus respondebat in tabella vel per litteram *A*, id est: *Antiquo*, vel per *U. R.* id est: *Uti rogas*. Priori casu populus, qui ea tempestate jura condendi potestatem habebat, legem non probabat, sed malle se juri antiquo adhærere significabat. Posteriore vero lex à populo probata manebat pleneque constituta. *Plebiscitum* autem constituebatur à plebe, plebejo Magistratu, velluti Tribuno, interrogante, in comitiis tributis, qua de re antiquitatis studiosi consulant Carol. Sigonium, et Nicol. Gruchium, qui ex professo de comitiis Romanorum scripserunt.

5 (*Quo species*). Ait Justinianus plebem à populo eo differre, quo species à genere, id est, quo pars à toto.

6 (*Lege Hortensia*). Per legem Hortensiam aliasque eadem auctoritas data est plebiscitis, ac ipsis legibus, et omnes cives obligare cœperunt, ut vidimus in *Historia nn.* 28. et 30. atque ita factum est, ut ait Pomponius *l.* 2. §. *deinde* 8. *de orig. jur. ut inter legem, et plebiscitum species interesset constituendi: potestas tamen eadem esset*. In summa ut plebiscita etiam leges reve-

ra et essent et appellarentur, seu ut dicit *hic* Justinianus non minus valerent quam leges.

TEXTUS.

De Senatusconsulto.

5 *Senatusconsultum est, quod Senatus jubet atque constituit. Nam cum auctus esset populus Romanus in eum modum, ut difficile esset in unum eum convocari legis sanciendæ causa, æquum visum est, Senatum vice populi consuli.*

COMMENTARIUS.

1 Testatur Tacitus *lib. 1. annal. cap.* 15. Tiberium Cæsarem comitia è campo ad Patres transtulisse. Ex eo igitur tempore, legibus et plebiscitis quiescentibus, Senatus jus facere cœpit, quanquam non tam propria auctoritate, quam conniventia quadam et indulgentia Principum, quod vel unus Tacitus nos docere potest, et arguunt orationes Principum in Senatu haberi solitæ, in qua Senatusconsulta fiebant pro arbitrio Principis. Unde et ipsa Senatusconsulta orationes Principum non raro appellantur. Tandem translato in orientem Imperio, mutataque penitus Reipublicæ forma, hæc precaria potestas Senatus exolevit. Vera autem causa transferendi comitia ad Senatum, non videtur fuisse illa, quam Justinianus significat, quod auctus esest populus, sed ut docent Tacitus *d. c.* 15. et Suetonius in *Tib. cap.* 30. ambitio et astutia Cæsarum, qui *Senatus potentiam augendo suæ serviebant*, ut scribit idem Sueton. in *Tiber. cap.* 29.

2 "In Hispania quædam quasi „Senatusconsulta habemus, quæ „lingua vernacula *Autos acordados del Consejo* dicimus, et sunt: „*Decreta seu decisiones Supremi* „*Senatus, consulto et approbante Rege edita.* Differunt à Romanorum Senatusconsultis, quia „his inerat vis legis absque expressa Principis approbatione, „quæ nostris Senatusconsultis omnino necessaria est, *l. 9. tit.* „*3. lib. 3. Nov. Recop.* Cæterum „cum in aliis similia illis sint quatenus in Senatu examinantur et „forma donantur, ea sub nomine „*Senatusconsulti*, quotiens opus „fuerit, laudabimus. Typis mandata sunt uno collecta volumine, quod Novam Recopilationem complet."

TEXTUS.

De constitutione.

6 *Sed et quod Principi placuit, legis habet vigorem* (1): *cum lege regia, quæ de ejus imperio lata est, populus ei et in eum omne imperium suum et potestatem concedat. Quodcumque ergo Imperator per epistolam constituit, vel cognoscens decrevit, vel edicto præcepit, legem esse constat. Hæc sunt, quæ constitutio-*

(1) *L. 2. tit. 1. P. 2.*

nes appellantur. Plane ex his quædam sunt personales, quæ nec ad exemplum trahuntur, quoniam non hoc Princeps vult: nam quod alicui ob meritum indulsit, vel si quam pœnam irrogavit, vel si cui sine exemplo subvenit, personam non transgreditur. Aliæ autem, cum generales sint, omnes proculdubio tenent.

COMMENTARIUS.

1 (*Lege Regia*). Hæc eadem quæ lex imperii dicitur in *l.* 3. *C. de testam.* Et nihil aliud fuisse videtur, quam congeries prærogativarum Imperatoribus decretarum sub initium Imperii: adeoque ea constitit variis Senatusconsultis paulatim factis in honorem Principum, ut bene probat Heinec. *Antiq. Rom. lib.* 1. *tit.* 2. §. 62. *et seqq.*

2 (*Omne imperium et potestatem*). Privative scilicet, non cumulative. Nihil ad rem facit, quod Principes ab invisis populo nominibus Regis aut Domini abstinuerint, cum alio sub nomine regiam potestatem exercerent, auctore Dione *lib.* 53. multo autem minus jus illud imaginarium populi in suffragiis ferendis, aut illa in jure condendo precaria Senatus auctoritas. Manebant enim tunc temporis adhuc, ut inquit Tacitus, *vestigia morientis libertatis.* Et verissime de populo Romano Juvenalis *Satyr.* 10. *v.* 78. inquit:

..........Qui dabat olim
Imperium, fasces, legiones, omnia, nunc se
Continet, atque duas tantum res anxius optat,
Panem, et Circenses.

3 (*Quodcumque ergo Imperator*). Constitutiones Principum non sunt unius generis. Distinctio à causa finali, hoc est, à scopo et intentione Principis sumenda. Etenim vel hoc aperte et directe Princeps agit ut legem condat et jus præscribat, quod fit: *Cum generaliter et motu proprio quid* (Princeps) *constituit ad usum subditorum*, quæ species constitutionis edictum dicitur et lex edictalis, *l.* 6. *C. de sec. nup.* cum *simil.* vel non agit id principaliter ut jus aliquod in commune constituat, sed in specie litem aliquam inter partes componat, et tamen propter excellentiam et dignitatem personæ constituentis, id quod constituit legis vigorem habet, *l.* 1. §. 1. *de const. Princip. l. ult. C. de legib.* (1): cum res à Judicibus judicatæ aliis non noceant (2), *tit. C. res int. al. act. vel jud. al. non noc.* ac ne sententiæ quidem latæ in consistorio Principis, aut ipso quidem Principe, sed ad relationem et consultationem Judicum, *l.* 2. *l.* 3. *C. de legib.* (vide tamen Christin. *vol.* 2. *decis.* 63. *n.* 3. *et seqq.* et *vol.* 3. *decis.* 111. *nn.* 8. et 9.). Posterioris hujus generis duæ sunt species, epistola sive rescriptum et decretum. Epistola proprie dicitur: *Cum de jure consulentibus Princeps rescribit.* Decretum: *Cum*

(1) *L.* 14. *tit.* 22. *P.* 3. *in fin.*

(2) *L.* 20. *d. tit. P.* 3.

ipse de causa cognoscit, et partibus auditis sententiam pronuntiat: quem veterum Principum morem fuisse testantur historiæ AA. scriptores. Elegans exemplum habemus in *l. 3. de his quæ in test. del.* Alia exempla in *l. 13. quod met. caus. l. 41. de hær. inst.* Conf. Jac. Gothofr. ad *l. ult. C. Th. de offic. jud. omn.* ubi plenissime de modo, quem Principes in decernendo observabant.

4 (*Quædam sunt personales*). Cum dixisset, non ea tantum quæ Princeps edicto præcepit, sed etiam quæ per epistolam constituit, vel cognoscens decrevit, vim etiam in aliis causis et personis habere: id nunc ex Ulpiano in *d. l. 1. §. 2. de const. Princip.* sic temperat, nisi aliam esse voluntatem et sententiam Principis appareat: esse enim constitutiones quasdam personales, quibus jus singulare in certæ alicujus personæ gratiam constituitur (1). Hæ sunt quæ *privilegia* Latinis dicuntur, eo quod Veteres *priva dixerunt, quæ nos singula dicimus*; auctore A. Gellio *lib. 10. cap. 20.* et Festo in voce *privus*; ubi Jos. Scal. in *annot. Offendit me*, inquit, *quod apud Ciceronem pro hac voce*, privatum *substituerint*, ut in ea *pro domo cap. 17. Vetant leges sacratæ: vetant XII. Tabullæ leges privis hominibus irrogari*. At hodie legunt *privatis cap. 19.*

5 Ait autem Justinianus, hujusmodi constitutiones personales sive privilegia aut jura singularia in exemplum non trahi, nec personam egredi: quoniam non ea mens sit Principis, qui solius puta Titii, aut Sempronii causa aliquid constituit, ut id, quod ita constituit, in universum pro jure observetur aut ad alios transferatur. Apparet vero ex ipsis verbis non agi *hoc loco* de privilegiis causæ aut rei, sed personæ, quibus sola personæ conditio locum facit: qualia sunt privilegia militum. Hæc et similia personarum privilegia, deficiente persona, cui data sunt, statim simul deficiunt aut extinguuntur, neque ad successores transeunt, *l. in omnibus 68. l. privilegia 196. de div. reg. jur.* nisi id quoque nominatim privilegio cautum sit, *l. 4. de immun.* (2). At quæ privilegia magis causæ, quam personæ præstantur, ea hæredibus, seu omnibus, qui causæ ac rei participes sunt, tribuuntur, *d. l. privilegia 196. de div. reg. jur.* cujus generis beneficia sunt immunitates generaliter locis, aut civitatibus, aut familiis datæ, *l. 4. §. 3. de censib.* induciæ temporis, quæ judicatis indulgentur, *l. tempus 29. de div. reg. jur.* jus ante omne creditum deducendi impensas funeris, *l. penult.* junct. *l. si filiusfam. 31. §. ult. de relig. et sumpt. fun.* &c. Itaque privilegia alia personalia, realia altera: de quo adi D. Pet. Fab. ad *d. l. in omnibus 68.* et *d. l. privileg. 196. de div. reg. jur.*

6 (*Ob meritum indulsit*). Tres personalium constitutionum species *hoc loco* proponun-

(1) *L. 28. tit. 18. P. 3. in fin.*

(2) *Reg. 27. tit. fin. P. 7.*

tur (1). Si quid Princeps alicui ob meritum indulsit: puta immunitatem ab oneribus publicis. Si quam pœnam irrogavit: puta graviorem ordinaria propter exemplum. Si cui sine exemplo subvenit: puta gratiam delicti fecit. Ubi obiter notandum privilegia non solum pro aliquo, verum etiam in aliquem ferri posse, ut in Milonem à Pompejo, in Ciceronem à Clodío lata sunt, Cic. *pro domo sua, cap.* 17.

7 Illud hic prætereundum non est, non ut quisque privilegium à Principe impetravit, ita et continuo id valere. Nam primo rescripta Principum contra jus vel utilitatem publicam elicita à Judicibus improbari, etiam ipsorum Imperatorum constitutionibus jubentur (2), nisi forte sit aliquid quod prosit petenti, et alium non lædat, vel crimen supplicantibus indulgeat, *l.* 3. *et* 7. *C. de prec. Imp. off. l. ult. C. si cont. jus. vel util. publ.* aut licet cum læsione alterius moratoria duntaxat præscriptio debitori permittatur, ut est in *l.* 2. *de prec. Imp. off.* id est exceptio dilatoria: exceptio, non qua perimatur actio, sed petitio et exactio in tempus certum differatur spatio ad solvendum debitori dato. Quo tamen casu placet non aliter rescriptum valere, quam si fidejussio idonea super debiti solutione præbeatur, *l.* 4. *C. d. tit.* (3). Secundo si Principi obreptum sit celata scilicet veritate; vel subreptum expresso mendacio, rescripti fructu privari jubetur, qui id impetravit, *l.* 2. *C. de leg. l. pen. C. si cont. jus vel util. publ.* (4). Utrumque ex voluntate et mente Principis sumptum est, qui non creditur aliquid velle contra utilitatem publicam concedere; aut aliter quam si preces veritate nitantur, *l.* 7. *C. de div. rescr. l. pen. et ult. C. si cont. jus. vel util.*

TEXTUS.

De jure honorario.

7 *Prætorum quoque edicta non modicam obtinent juris auctoritatem. Hoc etiam jus honorarium solemus appellare, quod qui honores gerunt, id est, Magistratus auctoritatem huic juri dederunt. Proponebant et Ædiles Curules edictum de quibusdam causis, quod et ipsum juris honorarii portio est.*

COMMENTARIUS.

1 Inter species juris civilis numeratur *hoc loco* et jus prætorium; quod tamen non raro ut species diversa, juri civili opponitur. Sed non est novum in jure nostro, ut idem nomen nunc latius, nunc angustius accipiatur,

(1) *L.* 49. cum *duabus seqq. tit.* 18. *P.* 3.

(2) *L.* 30. et *seqq. tit.* 18. *P.* 3. *Senat.* 70. *ley.* 2. *y* 3. *tit.* 4. *lib.* 3. *Nov. Recop.*

(3) *L.* 33. *tit.* 18. *P.* 3. *Senatusc.* 79. *tit.* 4. *lib.* 3. *Nov. Rec.*

(4) *L.* 36. *tit.* 18. *P.* 3. *Senat.* 70. *tit.* 4. *lib.* 3. *Nov. Recop.*

et quod per se positum nomen generis est, contrahatur ad certam speciem oppositam speciei ejusdem generis. Itaque cum jus civile à prætorio distinguitur, per jus civile intelligitur, quod ex legibus, plebiscitis, senatusconsultis, decretis Principum, auctoritate Prudentum venit: per prætorium: *Quod juris civilis adjuvandi, supplendi, corrigendi causa Magistratus introduxerunt*, Papinian. *l.* 7. *de just. et jur.*

2 ¿Unde autem Prætori juris condendi potestas? Neque enim Prætor aliud quam Magistratus fuit juri dicundo, non condendo, quod majestatis est præpositus; custos juris civilis, non arbiter; neque ulla lege talem potestatem Prætori datam uspiam legimus. Sic existimo, Prætores ab initio jure Magistratus edicta tantum proposuisse, de quibus rebus, et quomodo jus dicturi essent, *l.* 2. §. *eodem tempore* 10. *de orig. jur.* Progressu autem temporis, non obnitente populo, hoc simul usurpasse, ut edicendo etiam jus constituerent; ut tamen edicta eorum minorem longe vim quam leges haberent, nec abrogare jus constitutum aut receptum possent, *l. cum sponsus* 12. §. 4. *de publ. in rem act. l.* 12. §. 1. *de bon. poss.* sed tantum adjuvare, supplere, corrigere, *d. l.* 7. §. 1. *de just. et jur.* hoc est, rigorem juris civilis mitigare, et de iis, quæ legibus nec sancita nominatim, nec vetita essent, ex bono et æquo aliquid statuere etiam præter rationem juris civilis. Nam certe plus hic licuisse Prætori, quam vel Jurisconsultis, vel Judicibus privatis, argumento sunt tot exceptiones, et actiones, tot bonorum possessiones præter manifestam rationem juris civilis à Prætore introductæ, in quibus ante jus à Prætoribus constitutum nihil sibi sumere quisquam privatus potuit; atque hinc est, quod edictum Prætoris nonnunquam lex appellatur, uti ab Ulpian. *l.* 1. §. 2. *unde cog.* et Cic. 3. *in Verrem.* Recole quæ diximus in *Hist. nn.* 36. 37. et 38.

3 (*Qui honores gerunt*). Jus honorarium ad honorem Prætorum nominatum esse ait Papin. in *d. l.* 7. §. 1. quod qui honores gerunt, id est, Magistratus auctoritatem huic juri dederunt, ut *hic* Justinian. Proposuerunt quidem et alii Magistratus Censores, Consules, Tribuni, Ædiles Curules edicta, ut ex Cic. Gell. et aliis notum est; nec dubium quin secundum ea jus dictum fuerit: attamen, quia soli Prætores juris dicundi causa creati sunt, totaque fere jurisdictio penes Prætores erat, hinc factum arbitror, ut jus omne, quod à jurisdictione venerat, non minus prætorium quam honorarium appellaretur, atque appellatione prætorii etiam aliæ partes juris honorarii continerentur.

4 "In Hispania jus prætorium, et quod §. *seq.* traditur, non habemus, vide quæ diximus *sup.* §. 3."

TEXTUS.

De responsis Prudentum.

8 *Responsa Prudentum sunt*

sententiæ, et opiniones eorum, quibus permissum erat de jure respondere; nam antiquitus constitutum erat, ut essent, qui jura publice interpretarentur, quibus à Cæsare jus respondendi datum est, qui Jurisconsulti appellabantur: quorum omnium sententiæ et opiniones eam auctoritatem tenebant, ut Judici recedere à responsis eorum non liceret, ut est constitutum.

COMMENTARIUS.

1. Ante tempora Augusti, quicumque studiorum suorum fiduciam habebat, de jure consulentibus publice respondere poterat. Divus autem Augustus, quo major esset juris auctoritas, primus constituit, ut ex sua auctoritate responderetur. Postquod tempus peti pro beneficio, et à Principe jus respondendi dari cœpit, ut in *l. 2. de orig. jur.* circa *fin.* idem Pompon. scribit, quam ob causam nonnulli existimant ex eo demum tempore responsa auctoritatemque Jurisconsultorum inter partes juris scripti numerari cœpisse.

TEXTUS.

De jure non scripto.

9. *Sine scripto jus venit, quod usus approbavit; nam diuturni mores consensu utentium comprobati legem imitantur* (1).

(1) *L.* 4. et 6. *tit.* 2. *P.* 1.

COMMENTARIUS.

1 (*Sine scripto*). Jus non scriptum idem esse ac consuetudinem, jam supra diximus §. 3, *hoc tit.* Hoc autem jus consensu utentium comprobari, ait Justinianus, tacito nimirum. Nam quemadmodum expressa sanctio legem facit, ita tacita populi voluntas consuetudinem. Unde quoad vim et effectum inter hæc duo nulla est differentia. ¿*Quid enim interest*, ait Julian. in *l.* 32. *de leg. suffragio populus voluntatem suam declaret; an rebus ipsis et factis?* Populum autem hic intelligere debemus nullius imperio subjectum: nam qui alterius imperio paret, non magis tacito consensu consuetudinem introducere potest, quam expresso legem. Proinde in statu populari, qualis fuit Romanorum exactis Regibus, jus consuetudinis introducendæ populus solus habere potest. At in monarchico, in ea introducenda, probabilem Principis scientiam et patientiam requiri, recte putant Wesembec. aliique; quanquam quod non requiratur scientia, sed patientia sufficiat, et quidem generalis, qua Principes omnes usus honestos probant, communior est sententia, quam tenet Tuldenus ad *tit. C. quæ sit long. cons. n.* 1.

2 (*Diuturni mores*). Propria hæc epitheta sunt consuetudinis, ut dicatur diuturna, longa, inveterata. Nam cum sensim tacito consensu populi inducatur,



necesse est, ut is consensus ex factis, et tractu temporis arguatur. Et quia hoc respectu consuetudo facti est, probari quoque debet, atque ad eam probandam multum confert, si ea judicio contradictorio aliquando firmata sit, *l. cum de consuetudine* 34. *de legib.*

3 Quantum autem tempus, et quot actus ad introducendam consuetudinem requirantur, inter Interpretes non satis convenit. D. Connanus 1. *comm.* 10. et Hotom. *hic*, tantum tempus requirunt, quantum superstitum hominum nec ætas nec memoria comprehendit, per *l.* 1. §. *ult.* junct. *l.* 2. §. *idem Labeo* 7. *de aq.* et *aq. publ. arc.* Vulgo, testibus D. Gail. 2. *obs.* 31. Myns. 6. *obs.* 41. arbitrantur consuetudinem induci decennio, aut tanto tempore, quanto jus aliquod præscribi potest. Verum, ut recte D. Ant. Fab. *Jurispr. tit.* 2. *princ.* 11. notat, in hoc hi omnes errant, quod consuetudinem cum præscriptione juris confundunt. Præscriptio enim nullum jus acquirit nisi præscribenti, et in eos duntaxat contra quos præscriptum est, et in tantum, in quantum præscribens possedit, vel quasi. Consuetudo vero acquirit jus in universum omnibus, et contra omnes in suo casu; quia cum sit lex quædam tacita, legem imitatur, *l. ult. C. quæ sit long. cons.* Quam ob causam cum D. Cujac. 20. *obs.* 1. et Menoch. *consil.* 543. *n.* 20. potius Judicis arbitrio hoc definiendum censeo, qui pro negotii qualitate modo longius, modo brevius tempus statuere possit, et quantumcunque tempus sufficere, modo adsit actuum frequentia et uniformitas, ut Ant. Fab. ad *l. nam Imperator* 38. *de legib.*

4 Et quoniam in consuetudine introducenda non hujus aut illius hominis, vel etiam ordinis morem inspicere debemus, sed totius populi usum (1), eumque colligere ex iis, quæ non semel aut bis, sed frequenter circa eandem rem et controversiam observata sunt, *l.* 1. *C. quæ sit long. cons.* et observata tenaciter, hoc est, perpetuo similiter, *l. ult. eod.* non putarem ad inducendam consuetudinem duos actus sufficere, quantumvis judiciales et notorios, quæ communis est opinio probata item à Gail. et Myns. *dd. locc.* sed hoc etiam arbitrio Judicis relinquendum, ut cætera, quæ certo jure definita non sunt, arg. *l.* 1. §. *ult. de jure delib. l.* 9. *de bon. auct. jud. pos.* Cujac. Menoch. Fab. *ubi sup.* eleganter D. Diod. Tulden. in *comm. ad hunc tit. cap.* 4.

5 Illud majoris partis consensu et recte receptum est, cum de consuetudine probanda quæritur, necesse non esse probare eam aliquando firmatam fuisse judicio contradictorio. Nam cum ea populi consensu inducatur, ¿quid refert, quod non etiam intervenerit res judicata? Quod si tam certum jus fuerit, ut de eo nunquam apud Judicem dubitatum

(1) *L.* 6. *tit.* 2. *P.* 1.

sit: ¿an non majoris auctoritatis id videri debet, quam quod in judicio contradictorio approbatum? *l. imo magnæ* 36. *de legib.* Consilii igitur est, non necessitatis, quod scribit Ulpianus in *l.* 34. *d. tit.* cum de consuetudine quæritur, primum explorandum esse, an etiam contradictorio aliquando judicio confirmata sit. Consilium dat, ut id fiat, quia illa exploratio utilis est probaturo consuetudinem, scilicet ut paratas habeat easdem illas probationes, quibus consuetudo tùm probata est.

6 (*Legem imitantur*). Id est, vim et effectum legis habent (1). Itaque non hic solus consuetudinis effectus est, quod jus novum, de quo nihil ante cavebatur, inducat, sed etiam quod latam antea legem abroget, §. *pen. inf. eod.* Est et alius item consuetudinis effectus, in jure scripto nimirum interpretando. Nam si de interpretatione dubiæ alicujus legis quæratur, monemur in primis inspiciendum esse: *Quo jure civitas retro in hujusmodi casibus usa sit*; optimam enim legum interpretem esse consuetudinem, *l. si de interpretatione* 37. *et l. seq. de legib.* minimeque mutanda, quæ interpretationem certam semper habuerunt. Hinc consuetudo alia est *præter legem*, alia *contra legem*, alia *secundum legem* (2).

7 "In Hispania ut consuetu»do introducta dicatur, decem »annorum lapsus requiritur, si»mulque Regis scientia, qui eam »non reprobet, sed ratam habeat, »et insuper quod duplici senten»tia probata sit, *l.* 5. *tit.* 2. P. 1. »*et ibi* Gregor. Lop. *gloss.* 4. Hæc »tamen sententia duntaxat neces»saria erit ei qui consuetudinem »actibus judicialibus probare in»tendit, *ibid.* Greg. Lop. *gloss.* 7. »Molina *de primog. lib.* 2. *cap.* 6. »*num.* 27. *et seq.* cum Adden»tibus."

TEXTUS.

Ratio superioris divisionis.

10 *Et non ineleganter in duas species jus civile distributum esse videtur. Nam origo ejus ab institutis duarum civitatum, Athenarum scilicet et Lacedæmoniorum, fluxisse videtur. In his enim civitatibus ita agi solitum erat, ut Lacedæmonii quidem ea, quæ pro legibus observabant, memoriæ mandarent: Athenienses vero ea quæ in legibus scripta comprehendissent, custodirent.*

COMMENTARIUS.

1 Exactis Regibus cœpit populus Rom. incerto magis jure et consuetudine uti, quam lege lata: donec placeret publica auctoritate tres constitui viros Sp. Posthumium Album, A Manlium, et P. Sulpicium Camerinum; non decem; ut Pomponius narrat in *l.* 2. §. 2. *de orig. jur.* per quos peterentur leges à Græcis civitatibus. Itaque Legati Athenas mis-

(1) *L. 6. tit. 2. P.* 1.

(2) *D. l.* 6.

si, qui inclytás Solonis leges describerent, et aliarum civitatum Græcarum instituta, mores, juraque cognoscerent, Liv. *lib.* 3. *cap.* 31. *et seq.* Hæ leges in XII. Tabulis postea descriptæ, leges *decemvirales*, et *XII. Tab.* sunt appellatæ: fons omnis publici privatique juris, auctore eodem Livio. Ex quibus perspicuum est, jus scriptum sive leges Romanorum originem suam habere partim ex legibus, partim ex moribus Græcarum civitatum, et insigniter errare Tribonianum, qui jus scriptum Romanorum ab Atheniensibus, non scriptum à Lacedæmoniis arcessit. Nam primum male confert leges non scriptas Lacedæmoniorum cum jure non scripto Romanorum. Neque enim Lacedæmoniorum leges fuere jus aliquod moribus introductum, quo sensu jus non scriptum *hic* accipi constat, et scripto, hoc est, legibus latis opponi: sed leges propriæ dictæ et expressim sancitæ: quamvis eas non scribi, sed in memoria conservari voluerit legislator eorum Lycurgus. Secundo nec mores Lacedæmoniorum dici possunt originem dedisse juri non scripto Romanorum, non magis, quam mores Atheniensium, aut aliarum Græciæ civitatum, unde Legati Roma missi leges petierunt. Nam non minus mores, quam leges horum populorum descripti in illis quas dixi, XII. Tabulis, lege decemvirali perlata, partem juris scripti Romanorum constituerunt.

TEXTUS.

Divisio Juris in immutabile et mutabile.

11 *Sed naturalia quidem jura, quæ apud omnes gentes peræque observantur, divina quadam providentia constituta, semper firma atque immutabilia permanent. Ea vero, quæ ipsa sibi quæque civitas constituit, sæpe mutari solent, vel tacito consensu populi, vel alia postea lege lata.*

COMMENTARIUS.

1 Exposito jure tum naturali, tum civili, observataque utriusque differentia in causis efficientibus, non incommode *hoc loco* subjicietur alia quædam differentia, quæ in effectu cernitur.

2 (*Divina quadam providentia constituta*). Hoc est, quæ ab incorrupta ratione, à simplici illa notitia mentibus nostris divinitus impressa promanant. Jus quod nobiscum natum est, non ab hominibus excogitatum, cujus Deus est inventor, disceptator, lator, ut loquitur M. Tullius *lib.* 3. *de Repub.* Apud Xenophontem *lib.* 4. *memorab.* hujusmodi jura *Dei leges* dicuntur. De jure igitur gentium primario, id est, eo quod simpliciter naturale est; hæc accipienda sunt: non de secundario, quod usu exigente inventum. Nam diligenter distinguenda naturalia præcepta ab his quæ pro certo statu duntaxat naturalia sunt. Sic vetera gentium jura circa bel-

la, et res bello captas, circa incrementa fluminum etc. multum mutata hodie videmus. Sed et multa quæ jus naturæ non jubet, sed permittit tantum, communi consensu prohiberi possunt, uti factum circa omnia fere quæ nullius sunt, de quo suo loco disseremus uberius. Sane etiam jus gentium secundarium, proportione quadam, immutabile dici potest, et utique multo difficilius tollitur, quam jus civile.

3 (*Immutabilia*). Jus naturale semper et ubique justum est et fuit; nec aliud hic, aliud Romæ, aliud Athenis, aliud nunc est, aliud posthac erit. Nam ut recta ratio insita à natura et diffusa in omnes constans est et sempiterna, ita et quod ea præscribit semper atque ex se justum est atque immortale. Quamobrem, nec quod hoc jure prohibetur, juberi potest, nec quod jubetur, vetari, ut recte Grot. 1. *manud.* 2. et convenienter ei quod scribit Jurisconsult. in *l. 6. de just. et jur.* jus civile *in totum à jure naturæ recedere non debere.* Nec est contrarium quod Jurisconsult. addit, jus civile *non per omnia juri naturali servire, sed plerumque ei addere aliquid, aut detrahere.* Nam illa additio aut detractio nihil aliud est, quam generalium juris naturæ præceptorum ad usum moresque civium et formam Reipubl. specialis cum delectu accommodatio. Quod quamvis variis in locis diversimode fiat, atque etiam in applicando naturæ jura inflecti quodam modo videantur; immutabile tamen permanet, quod per se atque ex sui natura justum est; vimque suam perpetuo retinent in obligandis conscientiis anticipatæ in animis nostris communes illæ, quas diximus, notiones, in quibus hæc constantia atque immutabilitas præcipue elucet, Covarr. *de matr. p. 2. cap.6. §. 9. num. 7.* belle Michael Ephes. ad 5. *Ethic.* Exemplis res fiet illustrior. Lex naturæ ita præscribit: *Deum colito: Liberi potestati patris subjecti sunto: Pacta conventa servato.* Hæc sunt æternæ legis perpetua decreta, et quæ nullo jure civili abrogari possunt.

4 At in modo applicandi, de quo lex naturæ nihil definit, varietas aliqua apparet propter varietatem constitutionum civilium, ut scilicet hoc vel illo ritu externo adhibito Deus colatur: ut patribus in liberos vel eadem, quæ dominis in servos, potestas sit, et quodcunque per filium acquiritur, id acquiratur patri: vel ut jus tantum pater habeat filium modice et sine acerbitate castigandi, et contumacem expellendi domo: ut pacta etiam nuda efficaciter obligent, aut eam vim tantum habeant vestita, ut vulgo loquuntur. Hoc, inquam, facto non mutatur jus naturale, sed adjuvatur, dum propter utilitatem civium (quo Legislatores omnes spectant, tametsi non idem semper constituant) aliquid ei adjicitur; aut si mavis, detrahitur, respectu scilicet præcepti generalis. Atque hoc est, quod DD. nostri ajunt, jus naturale *modificari, declarari, et provisionibus adjuvari posse*: sic enim loqui amant. Jo. Fab. et alii

ad *hunc* §. Sexcenta ejusdem generis exempla afferri possent (occurrunt enim in omnibus fere partibus juris civilis); sed hæc pauca é multis retulisse, puto rei declarandæ sufficere.

5 Illud etiam sciendum est, esse quosdam quasi gradus principiorum practicorum, et præceptorum naturæ, ac nonnunquam usu venire, ut inter se hæc concurrant, et invicem obstent, verbi causa: Lex naturalis est: *Non occides*, est et altera ejusdem generis, sed momentosior, quæ sui defendendi causa permittit aggressorem occidere. In hoc concursu lex inferior superiori cedat necesse est (1), Wesemb. *parat. de just. et jur. n.* 15. Gomez *var. tom.* 3. *cap.* 3. *num.* 20.

6 (*Alia lege lata*). Jus civile sæpe mutari solet, ut qui Justin. in *hoc text.* An vero expediat leges mutare, aut quando expediat politicæ disquisitionis est; cujus tamen quæstionis decisionem suggerit Ulpian. in *l.* 2. *de const. Princ. In rebus*, inquit, *novis constituendis evidens esse utilitas debet, ut recedatur ab eo jure, quod diu æquum visum est* (2). Eaque consentiens est Politicorum omnium sententia, Plato *lib.* 7. *de legib.* Aristot. 2. *Pol.*6. *in fine*, Bodin. 4. *de Rep.* 3. Lips. 4. *Pol.* 9.

TEXTUS.

De objectis juris.

11 *Omne autem jus, quo utimur, vel ad personas pertinet, vel ad res, vel ad actiones. Et prius de personis videamus: nam parum est jus nosse, si personæ, quarum causa constitutum est, ignorentur.*

COMMENTARIUS.

1 *Hoc* §. transitus fit à jure constituente ad jus constitutum, et methodica quædam via pro materiæ diversitate, circa quam illud versatur, ad hujus cognitionem sternitur, præeunte Cajo in *l.* 1. *de stat. hom.*

2 (*Vel ad personas*). Distributio ex objectis, ut apparet, ad finem juris obtinendum accommodata. Finis juris, quod jam sæpe diximus, est suum cuique tribuere. Ut autem hunc finem consequamur, necesse est primum scire, quid sit suum cujusque; deinde qua ratione, si id ultro non præstetur, ab invito obtineamus. Cognitio ejus, quod cujusque est, vel ex persona sumitur, vel ex rebus; seu ex jure, quod quisque vel conditione et statu personæ suæ habet, vel ratione rerum externarum. Conditione personæ multum inter se homines differunt: alii enim liberi sunt, alii servi; liberorum alii ingenui, alii libertini;

(1) *L.* 2. *tit.* 8. *P.* 2. *l.* 1. *et* 5. *tit.* 21. *lib.* 12. *Nov. Recop.*

(2) *L.* 18. *tit.* 1. *P.* 1. *l.* 8. *tit.* 2. *lib.* 3. *Nov. Recop.*

alii patresfamilias, alii filiifamilias; patrumfamilias alii in tutela, alii in curatione, alii in neutro eorum. Ac pro diversis hujusmodi qualitatibus diverso quoque jurè in civitate censentur; quod quia statum ac conditionem personæ sequitur, jus personarum appellatur; deque eo deinceps *hoc primo libro* disputabitur. In rebus externis quod cujusque est, id aut est jus reale, nempe dominium aliudve in rem aliquam jus, aut personale duntaxat, uno nomine obligatio sive creditum: agiturque de hoc jure *lib. 2, 3.* et parte *quarti* usque ad *tit. de actionib.* Obtinendi utriusque juris ratio est in actionibus, hoc ést, juris nostri persecutionibus, sive id fiat in judicio, sive extra judicium auctoritate Magistratus: Quod argumentum ultimo tractatur loco.

TITULUS TERTIUS.

DE JURE PERSONARUM.

Concord. Titul. V. Lib. I. Digest. (1).

Continuatio. Quid hic persona, quid status et jus personæ.

1 In calce *præcedentis tit.* proposita fuit series, et dispositio summarum partium, quæ deinceps *hoc lib. et sequentibus* singulatim tractantur. Initium fit à personis, quarum causa cætera constituta sunt. In *Pand.* titulus ejusdem plane argumenti inscribitur *de statu hominum.* Unde intelligimus personam *hic*, non qualitatem civis, sed hominis designare, aut potius hominem simpliciter: eamque appellationem tam servo competere quam homini libero: sicut et in jure passim etiam servo tribuitur, *l. potestatis* 215, *de verb. sign. l. 22. de div. reg. jur.* item jus personæ *hic* esse: *Quod statum et conditionem personæ sequitur*: nam status ipse ést personæ conditio aut qualitas (2), quæ efficit, ut hoc vel illo jure utatur; ut esse liberum, esse servum, esse ingenuum, esse libertinum, esse alieni, esse sui juris. Itaque status rationem causæ, jus effecti habet.

TEXTUS.

Prima divisio personarum.

Summa itaque divisio de jure

(1) *Tit. 23. P. 4.*

(2) *L. 1. tit. 23 P. 4.*

personarum hæc est, quod omnes homines aut liberi sunt, aut servi (1).

COMMENTARIUS.

1 (*Summa*). Id est, prima et principalis, vel etiam generalissima; nam reliquæ sunt secundariæ aut speciales.

2 (*Servi*). Duplex est servi consideratio, qua res, quæ in commercio est, ut et reliquæ res nostræ; et qua persona, quatenus puta cognatus dicitur, *l.* 14. §. 2. *et seq. de rit. nupt.* quatenus liber fieri; hæres institui, contrahere, et dominum de peculio obligare, ipse iterum naturaliter obligari, et alios sibi obligare potest, *l.* 14. *de oblig. et act.* (2). Prout igitur consideratur, ita vel ad primum, vel ad secundum objectum pertinet.

TEXTUS.

Definitio libertatis.

1 *Et libertas quidem* (*ex qua etiam liberi vocantur*) *est naturalis facultas ejus, quod cuique facere libet, nisi si quid vi aut jure prohibetur* (3).

COMMENTARIUS.

1 (*Cuique facere libet*) Differentia ab effectu sumpta. Effectus libertatis est facere quod libet: est enim *potestas vivendi, ut velis*, teste Cicerone in *Paradox. et* 1. *off. cap.* 21. *n.* 3. Cæterum, quia hæc potestas partim vi impediri potest, partim legibus circumscripta est, additur exceptio: *Nisi si quid vi, aut jure etc.* qua exceptione significatur, duabus rebus, quominus faciamus quod lubet, nos impediri, vi, et jure; neque tamen eo minus liberos esse. Finge igitur nos usu rerum nostrarum vi prohiberi, finge vinciri; facultatem faciendi hæc impediunt, libertatem non imminuunt. Sed neque eo minus sua cuique constat libertas, quod quædam facere legibus prohibemur; nam quæ legibus et bonis moribus pugnant, ea ne facere quidem nos posse credendum est (4), ut præclare noster Papinian. *l. filius* 16. *de cond. inst.* et divine M. Tullius in *Cluentiana cap.* 53. *Legum*, inquit, *idcirco omnes servi sumus, ut liberi esse possimus.* Quapropter obedientia, quæ legibus ultro præstanda ut omnibus libertas sit incolumis, non pugnat cum libertate, sed eam tuetur; quamvis coerceat atque in gyrum rationis actiones cohibeat, ne licentius evagentur.

TEXTUS.

Definitio servitutis.

2 *Servitus autem est constitutio juris gentium, qua quis dominio alieno contra naturam subjicitur* (5).

(1) *L.* 1. *tit.* 4. *P.* 4.
(2) *L.* 7. *tit.* 22. *P.* 4. *l.* 5. *tit.* 12. *P.* 5.
(3) L. 1. *tit.* 22. P. 4.
(4) L. 3. *tit.* 4. P. 6.
(5) *L.* 1. *tit.* 21. *P.* 4.

COMMENTARIUS.

1 (*Constitutio juris gentium*). Causa pro effectu, res jure gentium constituta, non ordinatio aut pars constituens. Tropus in hujusmodi verbalibus non inusitatus; sic enim et thesaurus dicitur depositio pecuniæ; *l. nunquam* 31. §. 1. *de adq. rer. dom.* pro pecunia deposita.

2 (*Contra naturam*). Hoc est, contra communem illam omnium hominum conditionem, quam ab initio habuerunt à natura. Nam servi natura, id est, citra factum humanum, aut primævo naturæ statu nulli sunt, *l.* 4. *de just. et jur. l. quod. attinet* 32. *de div. reg. jur.* quanquam justitiæ naturali non repugnat, ex pactione aut delicto servum fieri. Quod vero Aristoteles *lib.* 1. *Pol. cap.* 3. et 4. scribit, servos quosdam nasci et natura esse; eo nihil aliud significat, quam quosdam, nempe ingenio tardos ac stupidos, corpore autem robustos, in hunc finem à natura productos videri, ut aliis, qui ingenio et ratione valent, serviant, subjectione scilicet œconomica, ad ministeria domestica explicanda: qua de re copiose et acute disserit clarissim. Heinsius in *epistol. ad Georg. Richterum.*

TEXTUS.

Servi et mancipii etymologia.

3 *Servi autem ex eo appellati sunt, quod Imperatores captivos vendere, ac per hoc servare, nec occidere solent, qui etiam mancipia dicti sunt; eo quod ab hostibus manu capiantur* (1).

(1) *D. l.* 1. *tit.* 21. *P.* 4.

COMMENTARIUS.

1 (*Ex eo appellati*). Eadem ratio nominis redditur à Florent. *l.* 4. §. *hoc tit.* Pomp. *l. pupillus* 239. §. 1. *de verb. sign.* August. 19. *de civit. Dei* 15. Notat hinc Alciat. in *d. l.* 239. *de verb. sign.* non licere hostem, postquam captus est, seseque dedidit, occidere, sed tantum arma adhuc tenentem, neque se volentem dedere. In dedititium autem sævire nefas esse, neque id bonos Imperatores unquam permisisse; quamvis plerique statuant, etiam postquam captus est, seseque dedidit, hostem jure occidi posse, donec intra præsidia nostra deductus sit: quia alioquin multa adhuc accidere possunt, ut iterum evadat, arg. *l. in laqueum* 55, *de adq. rer. dom.* Accuratius autem hac de re disputat D. Grot. *lib.* 3. *de jur. bell. cap.* 4. ubi multis adductis auctoritatibus ostendit, jure belli licere captos occidere, et quovis tempore; licere et eos, qui se dedere volunt, nec recipiuntur, imo et deditos sine ulla conditione.

2 Cum autem scriptores dicunt, id belli jure licitum esse, non intelligunt tale jus, quod actum omni culpa liberet, sed facti impunitatem, ut si forte qui

supplicem, aut se ultro dedentem interfecerit, in alio territorio deprehendatur, tanquam homicida puniri non possit, nec bellum ipsi ab alio talis facti nomine inferri. Cæterum etsi impune id fiat, laudabile tamen natura non esse, actumque hujusmodi carere interna justitia; quoniam excedit modum lædendi naturaliter concessum; ideoque nec in foro animæ excusatum esse. Hinc Augustinum merito laudare Gothos, qui supplicibus, et in templa perfugientibus pepercissent: *Illicitum sibi esse judicantes, quod belli jure fieri licuisset*, *lib.* 1. *de civit. Dei cap.* 2. De illo inter omnes convenit, eos, qui vitam salvam pacti sive in fidem recipiuntur, nec exteriori jure trucidari licere. Porro de temperamento circa jus interficiendi in bello captos adi eund. Grot. *dict. lib.* 3. *cap.* 11. et 14. ubi et quid victori liceat secundum justitiam internam tractat.

3 Inter Christianos autem jus istud gentium de captivis non observatur; apud nos enim licet res aliæ ex hostibus captæ capientibus acquiruntur, homines tamen capti servi capientium non fiunt, nec vendi possunt, aut urgeri ad operas, aliave patienda, quæ servorum sunt. Mansit tamen inter nosmetipsos Christianos mos custodiendi captos donec pretio redimantur, cujus æstimatio in arbitrio victoris est, nisi aliquid conventum jam sit inter regna.

4 "In Hispania Mahumedani, cæterique infideles, quos bello capimus, servi nostri fiunt; *l.* 1. *tit.* 21. *P.* 4. sicut et ipsi, nostrates, quos capiunt, in servitutem redigunt. Hæc tamen facti tantum est, prohibente nimirum ut juris sit *lege* 8. *eod.* quæ vetat Judæos, Mahumedanos, Hæreticos aut quoscunque alios fidei catholicæ inimicos servum Christianum habere. Cui consequens quod in *ead. l.* 8. traditur, servum scilicet infidelem domini infidelis liberum ipso jure fieri statim ac fuerit baptizatus, si nostram catholicam fidem amplectatur. Vide *d. l.* 8. ubi et quædam singularia traduntur de servo quem infidelis emerit ut eum vendat, et D. Covar. *cap. Peccatum part.* 2. §. 11. *n.* 6. Vide etiam de servitute facti §. 1. *tituli sequentis.*"

TEXTUS.

Quibus modis servi constituuntur.

4 *Servi autem aut nascuntur, aut fiunt: nascuntur ex ancillis nostris: fiunt, aut jure gentium, id est, ex captivitate, aut jure civili, cum liber homo major viginti annis ad pretium participandum sese venundari passus est* (1).

COMMENTARIUS.

1 (*Ex ancillis nostris*). Non ipsi tantum, qui capiuntur; ser-

(1) *L.* 1. *tit.* 21. *P.* 4.

vi, fiunt, sed et posteri in perpetuum: nempe qui ex matre serva nascuntur. Et hoc est, quod Martianus dicit, jure gentium servos nostros fieri, qui ex ancillis nostris nascuntur, *l.* 5. §. 1. *hoc tit.* (1).

2 (*Venundari passus sit.*). Venditorem subornabat improbum, et has partes fabulæ lucri alicujus gratia peragentem; simulabat is se suum servum vendere.

3 Apud nonnullos usitata fuit voluntaria in servitutem datio, ut apud Germanos, qui novissimo aleæ jactu de servitute contendebant: *Victus voluntariam servitutem adibat*, ait Tacitus *de morib. Germ. cap.* 24. Possidonius autem Stoicus in historiis narrat, multos olim fuisse, qui suæ imbecillitatis conscii, sponte se aliis in servitutem darent, ut domini quidem ipsis providerent de necessariis, ipsi vero operam vicissim quam possent, præstarent. Quæ res si ita accipiatur in terminis naturalibus, nihil habet in se eximiæ acerbitatis, quoniam perpetua ista obligatio compensatur perpetua alimentorum certitudine, quam sæpe non habent, qui diurnas operas locant.

4 Quærunt autem hic DD. an ubi servitus non agnoscitur, possit quis perpetuo se obligare ad serviendum alteri seu operas locare, quæ obligatio quædam servitutis species videtur. Respondent omnes, posse: sed cum facti hæc promissio sit, solvendo id quod interest, promissorem liberari, *l.* 13. §. 1. *de re jud.* Adi de tota re D. Grot. *lib.* 2. *de jur. bell. cap.* 5.

(1) *L.* 2. *tit.* 21. *P.* 4.

TEXTUS.

De liberorum et servorum divisione.

5 *In servorum conditione nulla est differentia: in liberis autem multæ; aut enim sunt ingenui, aut libertini.*

COMMENTARIUS.

1 (*Nulla differentia*). Servorum una conditio est, *l.* 5. in *pr. hoc tit.* id est, omnes æque servi sunt, nihilque interest utrum quis natus, an factus sit servus. Plane opere et ministeriis etiam servi inter se differunt: aliis enim honestior, ut atriensibus, dispensatoribus, amanuensibus; aliis minus honesta provincia mandatur, ut mediastinis, focariis, *l.* 15. §. *itaque Prætor* 44. *de injur. l.* 1. §. *caupones* 5. *naut. caup. stab.* sed hoc cum totum sit arbitrii herilis, conditionem eorum non mutat. De variis servorum ministeriis et officiis scripsit Pet. Fab. *semestr. pag.* 155. et ex instituto Laur. Pignorius *de servis eorumque apud veteres ministeriis*, et Tit. Popma *de operis servorum.*

2 (*In liberis multæ*). Nam primum interest, utrum quis natus, an factus sit liber, hoc est,

utrum quis ingenuus sit, an libertinus: deinde, sui ne juris sit, an alieno juri subjectus, qui sui juris est, sit ne in tutela, vel curatione, an neutro eorum teneatur; quæ summa est eorum, quæ deinceps *hoc primo libro* tractantur.

3. "In Hispania sunt et aliæ „liberorum differentiæ. Nam alii „sunt Ecclesiastici, alii Sæcula„res sive Laici. Et rursus ex Ec„clesiasticis quidam sunt Regu„lares, qui nempe aliquam Re„ligionem probatam professi sunt, „et alii Sæculares dicuntur, quia „inter hos morantur, nulli Reli„gioni per tria vota adstricti. Un„de hoc nomen *Sæculares*, dum „latius sumitur, quoscunque non „Regulares complectitur, etiamsi „Ecclesiastici sint; qui ipsi non „comprehenduntur sub eodem „nomine, quando strictius capi„tur, tunc enim solos non Ec„clesiasticos respicit. Insuper „aliæ personæ sunt nobiles, aliæ „ignobiles seu plebejæ."

TITULUS QUARTUS.

DE INGENUIS.

Concord. Tit. 14. *Cod. Lib.* 7.

Sequitur subdivisionis supra positæ per definitionem partium explicatio; et primo ingenuorum *hoc tit.*

TEXTUS.

De ingenui definitione.

Ingenuus est is, qui statim ut natus est, liber est; sive ex duobus ingenuis matrimonio editus, sive ex libertinis duobus, sive ex altero libertino, et altero ingenuo. Sed et si quis ex matre nascitur libera, patre vero servo, ingenuus nihilominus nascitur: quemadmodum qui ex matre libera, et incerto patre natus est, quoniam vulgo conceptus est. Sufficit autem liberam fuisse matrem eo tempore, quo nascitur, licet ancilla conceperit. Et è contrario, si libera conceperit, deinde ancilla facta pariat, placuit, eum, qui nascitur, liberum nasci: quia non debet calamitas matris ei nocere, qui in ventre est. Ex his illud quæsitum est, si ancilla prægnans manumissa sit, deinde ancilla postea facta pepererit, liberum an servum pariat? Et Martianus probat liberum nasci; sufficit enim ei, qui in utero est, liberam matrem vel medio tempore habuisse (ut liber nascatur), quod et verum est (1).

(1) *L. 2. tit. 21. P. 4.*

COMMENTARIUS.

1 Antiqui ingenuos spuriis opponebant, eosque etiam patricios appellabant, quasi qui patrem ciere possent. Sic apud Liv. *lib.* 10. cap. 8. ait Decius, *patricium esse, qui patrem ciere possit.* Cæterum etiam eos, qui liberi nascebantur, jam olim ingenuos appellatos fuisse, distinctos ab iis, qui facti erant liberi, ostendit locus Plauti in *Milit. actu*, 4. *sc.* 1. *vers.* 15.

¿Quid ea ingenua, an festuca
facta è serva, libera est?

Atque hic hujus vocis apud Latinos usus, est etiam in aliis rebus, quæ à natura sunt, et factitiis opponuntur. Ita Lucretius *ingenuos fontes* Juvenalis *ingenuum tophum* appellat. Ingenuus igitur homo proprie est: *Qui nativam habet libertatem.*

2 (*Matre libera*). Partus extra nuptias conceptus matris conditionem sequitur, *l.* 24. *de statu hom.* Patrem sequi non potest, quia nullum habere intelligitur, cum is duntaxat pater sit jure civili, quem nuptiæ demonstrant, *l.* 6. *de his qui sui, vel al. jur. sunt.*

3 (*Liberum nasci*). *L.* 5. §. 2. *de stat. hom.* Is itaque liber nascitur, qui ex matre aut conceptionis, aut partus, aut medio tempore libera nascitur: quod partim ex ratione juris, partim propter favorem libertatis receptum est, Paul. *lib.* 2. *sent.* 24. Potest et in universum hæc ratio dari, quod is, qui in utero est, quoties de commodo ejus agitur pro jam nato habetur, *l.* 7. *l. pen. d. tit.* (1).

4 "In Hispania qui ex uno
"parente libero et altero servo
"nascitur; matris conditionem
"sequitur quoad libertatem vel
"servitutem. Qui vero ex utroque
"libero, patris honores consequi-
"tur, *l.* 2. *tit.* 21. *P.* 4.

(1) *L.* 3. *tit.* 23. *P.* 4.

TEXTUS.

De servitute ac manumissione facti.

1 *Cum autem ingenuus aliquis natus sit, non officit ei in servitute fuisse, et postea manumissum esse: sæpissime enim constitutum est, natalibus non officere manumissionem.*

COMMENTARIUS.

1 (*In servitute*). Aliud est in servitute esse, aliud servum esse: illud facti, hoc juris est. Sic aliud est in libertate esse, aliud liberum esse: aliud in possessione esse, aliud possidere, *lib.* 10. §. 1. *de adquir. pos.* (2). Servus est: *Qui justam servitutem servit*; in servitute esse dicitur: *Qui cum servus non sit, pro servo habetur*, ut Pamphila in *Eunuc.* Terentii.

2 (*Natalibus*). Id est, ingenuitati sive nativæ conditioni, quam non vitiavit falsa servitutis opinio. Plures extant hac de re constitutiones sub *tit. Cod. de ingen. manum.*

(2) *L.* 10. *tit.* 30. *P.* 3.

TITULUS QUINTUS.

DE LIBERTINIS (1).

Summa tituli.

Pars altera subdivisionis, quæ ad libertinos pertinet: qui, quales sint, unde originem ducant, quibus modis ad hanc conditionem perveniant, et de diversa eorum qualitate, *hoc. tit.* disputatur.

TEXTUS.

Definitio et origo libertinorum et manumissionis.

Libertini sunt: qui ex justa servitute manumissi sunt. Manumissio autem est, de manu datio: nam quandiu aliquis in servitute est, manui et potestati suppositus est: et manumissus liberatur à Domini potestate. Quæ res à jure gentium originem sumpsit: utpote cum jure naturali omnes liberi nascerentur, nec esset nota manumissio cum servitus esset incognita. Sed postquam jure gentium servitus ingenuitatem invasit, secutum est beneficium manumissionis: et cum uno communi nomine omnes homines appellarentur, jure gentium tria hominum genera esse cœperunt: liberi, et his contrarium servi, et tertium genus libertini, qui desierant esse servi.

COMMENTARIUS.

1 (*Libertini sunt*). Ex Cajo in *l. 6. de stat. hom.* Antiquitus libertinos dictos esse scribit Tranquillus in *Claud. cap.* 24. non ipsos, qui manumitterentur, *sed ingenuos ex his procreatos.* Ex quo loco duo præterea colligas; nempe postea eos ipsos, qui manumitterentur, libertinos dici cœpisse; et qui ex his procreati essent, ingenuos. Notant *hic* plerique ex Laur. Valla *lib.* 4. *cap.* 1. differentiam esse inter voces *Libertinus* et *Libertus*; illud esse relativum ingenui; hoc patroni; id est, voce *Libertinus* designari conditionem hominis ingenuitati ex adverso oppositam: per *Libertus* autem significari privatum quendam respectum ad patronum, cujus libertus, non libertinus dicitur, qui manumissus est.

2 (*Ex justa servitute manumissi*). Justa, id est, quæ revera servitus sit, non opinione et er-

(1) *Tit.* 22. *P.* 4.

rore tantum. Aliquando et sine manumissione dominorum servi libertatem recipiunt ex senatusconsulto, aut constitutione aliqua; exempla suppeditant *tit. ff. quisin. man. ad lib. per.* et *tit. C. pro quib. caus. serv. pro præm. lib. ac.* (1). Generalius itaque definiri potuisset, libertinos esse: *Qui desierunt esse servi*, ut in calce *hujus text.* ex Ulpian. *l. 4. de just. et jur.* unde reliqua *hujus loci* descripta sunt.

3 (*De manu datio*). Reponendum ex texto Florentino, *De manu missio*, id est, *Datio libertatis*, *d. l. 4. de just. et jur.* ut brevi sermonis compendio notetur definitio et nominis et rei. De manu enim est, de potestate domini, Lucan. *lib. 1.*

In manibus vestris, quantus sit
Cæsar, habetis.

4 (*Liberi*). Verbum hoc in fine *textus* idem significat ac ingenui, ut et in *l. 4. de just. et jur.* unde *hic locus* descriptus est; alioquin non tria, sed duo hominum genera esse cœpissent, cum libertini etiam sint liberi. Quod et alibi factum, *l. ult. C. de patr. pot.*

TEXTUS.

Quibus modis manumittatur.

1 *Multis autem modis manumissio procedit: aut enim ex sacris constitutionibus in sacrosanctis Ecclesiis, aut vindicta, aut inter amicos, aut per epistolam, aut per testamentum, aut per aliam quamlibet voluntatem* (2). *Sed et aliis multis modis libertas servo competere potest, qui tam ex veteribus, quam ex nostris constitutionibus introducti sunt* (3).

COMMENTARIUS.

1 (*Vindicta*). Virgulam esse scribit Boetius in *Top. Ciceronis*, quam lictor jussu Magistratus manumittendi capiti imponebat: atque ab hac virgula hunc manumittendi modum appellatum. *Festuca* Plauto dicitur in *Mil. glorios. actu 4. sc. 1. vers. 15.* Alii hunc modum sic dictum malunt à Vindicio Vitelliorum servo, qui primus dicitur vindicta liberatus, eo quod conjurationem nobilium adolescentium de Tarquiniis reducendis detexisset, auctore Liv. *lib. 2. cap. 5.* Tenebat dominus modo caput, modo aliud membrum servi, dicebatque: *Hunc hominem liberum esse volo*, Festus in verb. *manumitti*; et cum dicto eum circumagebat, significans, se ei potestatem facere abeundi quo vellet. Eo pertinent hæc Persii *Satyr. 5. vers. 75.*

......Heu steriles veri, quibus
una Quiritem
Vertigo facit.

Et paulo post, *vers, 78.*

(1) *L. 3. et 4. tit. 22. P. 4. l. 45. tit. 5. P. 5.*

(2) *L. 1. tit. 22. P. 4. vers.* E *tit. 5. P. 5.* puede dar.

(3) *L. 3.* cum *seqq. eod.*

Verterit hunc dominus; momento turbinis exit.
Marcus Dama.

Pluribus hæc explicant Brissonius, *lib.* 5. *antiq. cap.* 11. Sigonius *lib.* 1. *de antiq. jur. civ. Rom. cap.* 6.

2 (*Aliis multis modis*). Præter modos manumittendi recensitos in *hoc textu*, plerique enumerantur in *d. l. un.* §. 3. *et seqq. C. de Lat. lib. toll.* Adeant curiosiores *tit. C. pro quib. caus. servi pro præm. lib. acc. ff. qui sine man. ad lib. perv. C. si manc. ita ven. ne prostit. et si manc. ita fuer. alien. l. nemini* 24. *C. de episc. aud.* (1).

3 Sed et sunt quædam manumissiones tacitæ, ut si Dominus servum suum tutorem, vel hæredem scripserit, aut adoptaverit, §. 2. *tit. seq.* §. *qui testam. tut. dari poss.* §. *ult. de adop.* aliæque plures quas congessit Gudel. *lib.* 1. *de jure noviss. cap.* 4. (2).

TEXTUS.

Ubi et quando manumitti potest.

2 *Servi vero à dominis semper manumitti solent, adeo ut vel in transitu manumittantur; veluti cum Prætor, aut Præses, aut Proconsul in balneum, vel in theatrum eunt.*

Hic textus planus est.

TEXTUS.

De libertinorum divisione sublata.

3 *Libertinorum autem status tripartitus antea fuerat; nam qui manumittebantur, modo majorem et justam libertatem consequebantur, et fiebant cives Romani: modo minorem, et Latini ex lege Junia Norbana fiebant: modo inferiorem, et fiebant ex lege Ælia Sentia dedititii. Sed quoniam dedititiorum quidem pessima conditio jam ex multis temporibus in desuetudinem abierat; Latinorum vero nomen non frequentabatur; ideoque nostra pietas omnia augere, et in meliorem statum reducere desiderans, duabus constitutionibus hoc emendavit, et in pristinum statum reduxit. Quia et à primis urbis Romæ cunabulis una atque simplex libertas competebat, id est, eadem, quam habebat manumissor; nisi quod scilicet libertinus sit qui manumittitur, licet manumissor ingenuus sit. Et dedititios quidem per constitutionem nostram expulimus, quam promulgavimus inter nostras decisiones; per quas, suggerente nobis Triboniano viro excelso, Quæstore nostro, antiqui juris altercationes placavimus. Latinos autem Junianos, et omnem, quæ circa eos fuerat, observantiam alia constitutione per ejusdem Quæstoris suggestionem correximus, quæ inter imperiales radiat*

(1) *D. l.* 3. cum *seqq. l.* 45. *tit.* 3. *eod. l.* 5. 6. et 7. *tit.* 22. *P.* 4.
(2) *L.* 7. *tit.* 16. *P.* 6. *l.* 3.

sanctiones: et omnes libertos (nullo, nec ætatis manumissi, nec domini manumittentis, nec in manumissionis modo discrimine habito, sicuti antea observabatur) civitate Romana decoravimus; multis modis additis, per quos possit libertas servis cum civitate Romana, quæ sola est in præsenti, præstari.

COMMENTARIUS.

1 (*Civitate Romana decoravimus*). Justinianus nullam inter libertinos differentiam reliquit, sed eos omnes civitate Romana decoravit, quod quidem nondum erat effectum. Nam famosa Antonini constitutio relata ab Ulp. in *l. in orbe* 17. *de statu hom.* qua omnes, qui in orbe Romano sunt, cives Romani dicuntur facti, ad eos tantum pertinet, qui natali solo et patria impediebantur quominus cives Romani essent; non ad illos quibus conditio personæ impedimento erat, quales libertini aliqui.

2 Et demum ipse Justinianus Imperator per *novel.* 78. libertinos exæquavit ingenuis, salvo tamen manente manumissori jure patronatus, quod positum est in obsequiis, operis, dono, munere, et successione libertorum, de quibus in *tit. ff. de jur patron.* et *aliquot seqq. lib. seq.* (1).

3 "In Hispania quoque nulla "est inter libertinos differentia, "eosque *leges Partidarum* appel- "lant *aforrados.*"

TITULUS SEXTUS.

QUI ET EX QUIBUS CAUSIS MANUMITTERE NON POSSUNT.

D. Lib. 40. *Tit.* 9. *C. Lib.* 7. *Tit.* 11.

Argumentum tituli.

1 Igitur quod ex *superiore tit.* intelligi potuit, cum varii sint manumittendi modi, eadem tamen omnium vis atque effectus est, ut omnes manumissi liberi fiant et cives Romani. At enim hac manumissorum omnium exæquatione nihil derogatum est legi Æliæ Sentiæ, quæ quibusdam ex causis libertatem impediebat, sed quibus ex causis illa eam impediebat ante hanc exæquationem, ex iisdem etiam nunc obstat, quominus manumissi liberi fiant. Cau-

(1) *L.* 8. *tit.* 22. *P.* 4.

sæ duæ duobus hujus legis capitibus, quæ *hic* proponuntur et explicantur; comprehensæ, quorum primo cavetur: *Ne quis in fraudem creditorum manumittat, nisi forte servum unicum hæredis habendi gratia*; altero: *Ne minoribus 20. annis aliter jus sit manumittere, quam justa causa apud consilium approbata.* Et totidem ergo erunt superioris regulæ exceptiones.

TEXTUS.

Prius caput legis Æliæ Sentiæ de manumittente in fraudem creditorum.

Non tamen cuicunque volenti manumittere licet: nam is, qui in fraudem creditorum manumittit, nihil agit (1): *quia lex Ælia Sentia impedit libertatem.*

COMMENTARIUS.

1 (*Nihil agit*). Nempe ergo ita manumissi liberi non fiunt et ratio additur, quia lex Ælia Sentia impedit libertatem, hoc est, liberos fieri prohibet, *l. in fraudem* 27. *qui et à quib. man.* sicut in universum quidquid lege prohibente fit, ipso jure nullum est, *l. non dubium* 5. *C. de legib.* Quamobrem cum legimus libertates per legem Æliam Sentiam rescindi aut revocari, ut in *l.* 1. §. 2. *d. tit. l.* 1. *C. qui man. non poss.* hoc minus proprie dictum accipiemus, et respectu actus manumissionis, qui non continuo et ab initio ipso jure nullus est, sed suspenditur, donec constet fraudati sint creditores, necne: et si fraudati sunt, utrum jure suo uti velint: nam si non sint fraudati, aut fraudati jure suo non utantur, actus validus est, et manumissi retro liberi facti intelliguntur: si fraudati sint, et jure suo utantur, perinde habetur ac si nulla manumissio intervenisset. Quandiu autem hæc incerta sunt, scribit Paulus, manumissos vi ipsa statu liberos esse, *l.* 1. *de statulib.* Ipse autem manumissor et hæredes ejus nullo colore libertatem revocare possunt, *l.* 5. *de serv. pig. dat. man.* facit *l.* 3. *qui et à quib. man.* His addi potest et peculiaris ratio, quod libertas, quæ semel competit, non revocatur, §. *semel* 6. *hoc tit. l.* 9. §. 1. *de man vind.* Alia longe ratio est edicti *quæ in fraud. cred.* de quo late in §. 6. *de act. infra.*

TEXTUS.

De servo instituto cum libertate.

1 *Licet autem domino, qui solvendo non est, in testamento servum suum cum libertate hæredem instituere, ut liber fiat, hæresque ei solus et necessarius, si modo ei nemo alius ex eo testamento hæres extiterit: aut quia nemo hæres scriptus sit, aut quia is, qui scriptus est, qualibet ex causa ei hæres non extiterit Id-*

(1) *L.* 24. *tit.* 3. *P.* 6.

que eadem lege Ælia Sentia provissum est; et recte. Valde enim prospiciendum erat, ut egentes homines, quibus alius hæres extiturus non esset, vel servum suum necessarium hæredem haberent, qui satisfacturus esset creditoribus; aut hoc eo non faciente, creditores res hæreditarias servi nomine vendant, ne injuria defunctus afficiatur (1).

COMMENTARIUS.

1 In capite legis Æliæ Sentiæ: *Ne quis in fraudem creditorum manumittat*, nominatim additur hæc exceptio: *Nisi quis unum ex servis suis testamento liberum et hæredem esse jusserit*; qui hæres necessarius dicebatur, non quia hæreditatem adire cogitur; sed quia sive velit, sive nolit, omnino post mortem testatoris protinus liber et hæres fit, §. 1. *infr. de hær. qual. et diff.* ac proinde ipso jure (2).

2 (*Valde enim prospiciendum erat*). Ratio exceptionis satis justa, videlicet, ut famæ defuncti parcatur, et auctionis ignominia, qua alioqui defunctus oneraretur, in hæredem servum potius derivetur, qui duplici de causa hoc æquo animo ferre debet: Primum quia rem pretiosissimam et inæstimabilem, scilicet libertatem consequitur; deinde quia quidquid post mortem patroni sui adquirit, non est obnoxium creditoribus, si bonorum separationem petierit, quam impetrare potest, si bona defuncti non attigerit, *d.* §. 1 *Inst. de hær. qual. et diff.* junct. *l.* 1. §. *ult. de separ.*

3 "In Hispania si bona testatoris, qui servum proprium hæredem instituerat, solvendis creditis, et legatis non sufficiant, quæcunque instituti bona etiam post testatoris obitum quæsita, eorum solutioni erunt obnoxia, *l.* 21. *vers.* E por tal, *tit.* 3. *P.* 6. Dum autem in *l.* 24. *eod.* conceditur domino, qui non est solvendo, aliquos servos hæredes instituere, non ita exaudiendum quasi ita instituti possint simul libertatem consequi: sed eo duntaxat effectu, ut uno deficiente, alter qui remanet, liber et hæres sit, ut jure Romanorum decisum extat in *l.* 42. *de hær. inst.* Sane ut defuncti famæ parcatur, quo hujus juris ratio respicit, sat est unum hæredem existere."

TEXTUS.

De servo instituto sine libertate.

2 *Idemque juris est, etsi sine libertate servus hæres institutus est. Quod nostra constitutio non solum in domino, qui solvendo non est, sed generaliter constituit nova humanitatis ratione, ut ex scriptura institutionis etiam libertas ei competere videatur: cum non sit verisimile, eum, quem hæredem sibi elegit, si prætermiserit libertatis dationem, servum remanere*

(1) *D. l.* 24. *tit.* 3. *P.* 6.

(2 *L.* 21. *d. tit.* 3. *P.* 6. *vers.* E necessarios.

voluisse, et neminem sibi hæredem fore (1).

COMMENTARIUS.

1 (*Nova humanitatis ratione*). Primus Justinianus generaliter constituit, ut servus à domino simpliciter hæres institutus, et liber et hæres fiat: veterum quidem sed eorum paucorum sententiam secutus, quæ idcirco antea non obtinebat, *l. pen. C. de nec. serv. hær. instit.* junct. *pr. infr. de hær. inst.*

2 (*Cum non sit verisimile*). Nam qui vult consequens, ut DD. *hic* notant, et in *l. 2. de jurisd.* etiam antecedens velle intelligitur, sine quo ad illud consequens perveniri non potest (2).

TEXTUS.

Quid sit in fraudem creditorum manumittere.

3 *In fraudem autem creditorum manumittere videtur, qui vel jam tempore quo manumittit, solvendo non est; vel qui datis libertatibus desiturus est solvendo esse* (3). *Prævaluisse tamen videtur, nisi animum quoque fraudandi manumissor habuerit, non impediri libertatem, quamvis bona ejus creditoribus non sufficiant: sæpe enim de facultatibus suis amplius, quam in his est, sperant homines. Itaque tunc intelligimus impediri libertatem, cum utroque modo fraudantur creditores, id est, et consilio manumittentis, et ipsa re, eo quod bona ejus non sunt suffectura creditoribus.*

COMMENTARIUS.

1 (*In fraudem*). Descriptus *hic locus* est ex *l. 10. qui et à quibus man.*

2 (*Desiturus est solvendo esse*). Ratio hujus in promptu est: quia solvendo esse nemo intelligitur, qui solidum, quod debet, solvere non potest, *l. solvendo 114. de verb. sign.* non potest autem, qui posse desiit.

3 (*Prævaluisse*). Nisi hæc duo concurrant, ut et fraudandi consilium manumissor habuerit, et creditores eventu, atque re ipsa fraudentur, libertas directo data non revocatur, *d. l. 10. l. 1. C. qui man. non poss.* in fideicommissaria solus eventus spectatur, *l. ult. C. qui man. non pos.*

TEXTUS.

Alterum caput legis Æliæ Sentiæ de minore viginti annis.

4 *Eadem lege Ælia Sentia domino minori viginti annis non aliter manumittere permittitur, quam si vindicta apud consilium, justa causa manumissionis approbata, fuerint manumissi.*

COMMENTARIUS.

1 Alterum caput legis Æliæ

(1) *L. 3. tit. 3. P. 6.*
(2) *D. l. 3.*

(3) *L. 7. tit. 15. P. 5. verso* Eso mesmo.

Sentiæ fuit: *Minoribus 20. annis non aliter manumittere jus esto, quam causa justa apud consilium approbata, l. 1. de manum. l. 11. et seqq. de man. vind.* Providere lex voluit, ne temere et sine certo animi judicio servi libertate et civitate donarentur.

2 (*Quam si vindicta*). Legendum cum Hotom. ex auctoritate librorum veterum: *Quam si dicta apud consilium justa causa manumissionis, approbata fuerit manumissio*, et ita Theoph.

TEXTUS.

Quæ sunt justæ causæ manumissionis.

5 *Justæ autem causæ manumissionis sunt, veluti si quis patrem aut matrem, filium filiamve, aut fratres sororesve naturales, aut pædagogum, aut nutricem, aut educatorem, aut alumnum, alumnamve, aut collactaneum manumittat, aut servum procuratoris habendi gratia, aut ancillam matrimonii habendi causa: dum tamen intra sex menses in uxorem ducatur, nisi justa causa impediat; et servus, qui manumittitur procuratoris habendi gratia, non minor decem et septem annis manumittatur* (1).

1 Hæc desumpta sunt ex *ll. 9. 11.* et *aliquot seqq. de manum. vind. et l. 21. qui et à quib. manum.*

2 "In Hispania doctrina *huj.* "*text.* exaudienda est de procura" "tore ad negotia, *l. 1. tit. 22.* "*P. 4.* ibi: para facerlo procura" "dor para recabdar sus cosas fue" "ra de juicio."

TEXTUS.

De causa semel probata.

6 *Semel autem causa approbata, sive vera sit, sive falsa, non retractatur.*

Textus iste planus.

TEXTUS.

Abrogatio posterioris capitis legis Æliæ Sentiæ.

7 *Cum ergo certus modus manumittendi minoribus 20. annis dominis per Legem Æliam Sentiam constitutus esset, eveniebat, ut qui 14. annos expleverat, licet testamentum facere, et in eo sibi hæredem instituere, legataque relinquere posset; tamen, si adhuc minor esset 20. annis, libertatem servo dare non posset. Quod non erat ferendum: nam cui totorum suorum bonorum in testamento dispositio data erat, ¿quare non similiter ei, quemadmodum alias res, ita et de servis suis in ultima voluntate disponere, quemadmodum voluerit, permittimus, ut et libertatem eis possit præstare? Sed cum libertas inæstimabilis res sit, et propter hoc ante 20. ætatis annum antiquitas liber-*

(1) *L. 1. tit. 22. P. 4.*

tatem servo dare prohibebat: ideo nos mediam quodammodo viam eligentes, non aliter minori 20. annis libertatem in testamento dare servo suo concedimus, nisi 17. annum impleverit, et 18. attigerit. Cum enim antiquitas hujusmodi ætati et pro aliis postulare concesserit: cur non etiam sui judicii stabilitas ita eos adjuvare credatur, ut ad libertatem dandam servis suis possint pervenire?

COMMENTARIUS.

1 (*Nam cui totorum*). Argumentatur à majori ad minus, cui quod plus est licet, ei non debet quod minus est non licere, *l.* 21. *de div. reg. jur.*

2 (*Ideo nos mediam viam eligentes*). Hinc inferunt, posse quandoque Judicem in ambiguitate juris vel facti rem dividere, Cujac. 17. *ob.* 21. Et sane causa anceps per mediocritatem optime dividitur, etiam Paulo teste in *l. filio* 7. *ut legat. nom. cav.* Sic cum de dominio speciei ex aliena materia factæ dissensio inter Sabinum et Proculum esset, Cajus in *l.* 7. §. *cum quis* 7. *de adq. rer. dom.* mediam sententiam secutus est, eamque probavit Justinianus in §. *cum ex aliena* 25. *infr. de rer. div.* Et Tiberius Cæsar, cum servus ejus Parthenius tanquam ingenuus hæres scriptus esset, cum substituto Parthenii hæreditatem divisit, *l. et hoc* 41. *de hær. instit.* §. *ult. inf. de vulg. subst.* Videndum tamen semper est, quid suadeat ratio juris.

3 (*Nisi* 17. *annum*). Jure novissimo permittitur non minus libertates, quam res alias testamento relinquere ea ætate, qua testamentum facere permissum est, masculis nimirum anno ætatis quartodecimo, feminis duodecimo, *Novel.* 119. *cap.* 2.

4 "In Hispania domino majori 14. annis permittitur, servos suos testamento manumittere: at inter vivos non aliter manumittere poterit, quam si 20. annum excesserit; vel saltem 17. quando nempe justa manumissionis causa adest, *l.* 1. *tit.* 22. *P.* 4. ubi et justæ causæ recensentur."

TITULUS SEPTIMUS.

DE LEGE FUSIA CANINIA TOLLENDA.

Lib. 7. *Cod. Tit.* 3.

TEXTUS.

Lege Fusia Caninia certus modus constitutus erat in servis testamento manumittendis, quam quasi libertates impedientem, et quodammodo invidam, tollendam esse censuimus; cum satis fuerat

inhumanum; vivos quidem licentiam habere totam suam familiam libertate donare, nisi alia causa impediat libertatem; morientibus autem hujusmodi licentiam adimere.

COMMENTARIUS.

1 (*Certus modus*). Id est, certus numerus definitus erat, quem in manumittendo excedere non licebat: vide Ulp. *tit.* 1. Cajum *lib.* 2. *tit.* 1. Paul. 4. *sent.* 14. Ratio legis hæc fuit, ut ex Suetonio in *Aug. cap.* 40. intelligimus, ne concessa libera testamento manumittendi potestate, liberis sordidis hominibus civitas Romana contaminaretur.

2 (*Testamento*). ¿Cur non etiam inter vivos? Nimirum quia et sine eo scopum suum lex assequitur. Nam metuendum non est, ut vivi et valentes tam profuse liberales simus, ut ea faciamus, quæ mox morituri, cum rebus nostris jam non amplius uti nos posse credimus, liberalitatis laudem tum maxime venantes. Pertinet huc insignis locus apud Dion. Halic. *lib.* 4. *pag.* 228. ubi scribit: *Multos se vidisse, qui profusa honoris ambitione omnes servos suos testamento vel flagitiosissimos manumitterent, ut pileati funus sequerentur.* Atque hic fere mos est Legislatorum, ut ea sola prohibeant, quæ facile fieri posse existimant, non quæ difficulter, *l.* 4. in *fin. ad senat. Vell.* ubi eadem ratio redditur, cur Senatus intercessionem mulieris prohibuerit, non donationem; atque eadem ratione lex Julia fundum dotalem obligari vetat etiam consentiente muliere, non vero alienari, *pr. infr. quib. al. lic.* qua ratione non debuit Justinianus hanc legem inhumanam dicere.

3 (*Totam familiam*). Id est, omnes servos. Servos enim unius domini familiam Veteres frequenter appellant, ut in *tit. si fam. furt. fec. l. pronuntiatio* 195. §. 3. *de verb. sign.* Aliasque plerasque hujus vocis significationes habes in *d. l. pronuntiatio.*

4 (*Morientibus adimere*). Argumentatio ab actu inter vivos ad ultimam voluntatem, eaque certe non procedit, si legis Fusiæ spectemus rationem, quæ hæc est; quod facilius in testamento manumittimus, quam inter vivos, facit *d. l.* 4. *in fin. ad senatusc. Vellejan.*



TITULUS OCTAVUS.

DE HIS QUI SUI VEL ALIENI JURIS SUNT.

De Lib. I. Tit. VI.

TEXTUS.

Altera divisio personarum.

Sequitur de jure personarum alia divisio. Nam quædam personæ sui juris sunt, quædam alieno juri subjectæ. Rursus earum, quæ alieno juri subjectæ sunt, aliæ sunt in potestate parentum; aliæ in potestate dominorum. Videamus itaque de his, quæ alieno juri subjectæ sunt. Nam si cognoverimus, quænam istæ personæ sunt, simul intelligemus, quæ sui juris sunt; ac prius inspiciamus de his, quæ in potestate dominorum sunt.

Textus iste planus est.

TEXTUS.

De jure gentium in servos.

1 *In potestate itaque dominorum sunt servi* (1): *quæ quidem potestas juris gentium est; nam apud omnes peræque gentes animadvertere possumus, dominis in servos vitæ necisque potestatem fuisse: et quodcunque per servum acquiritur, id domino acquiri.*

(1) *L. 6. tit. 21. P. 4.*

COMMENTARIUS.

1 Ex quo jure servitus est, ex eodem et dominorum in servos potestatem esse, nemo est qui ambigat. Cæterum quod *hic* ex Cajo in *l. 1. §. 1. hoc tit.* Justinianus refert, apud omnes gentes summum illud jus vitæ et necis in servos usurpatum fuisse, de aliqua parte accipiendum est, deque eo, quod impune in servos fit ex rigore juris gentium. Nam apud multos populos jus hoc usurpatum non fuisse, sed servos humaniter tractatos, ut apud Parthos, Germanos, nostrates Hispanos, ipsosque adeo Græcos, testes sunt Justin. *lib.* 4. Tacit. *de moribus Germ. cap.* 25. Athenæus *lib.* 6. Bodin. 1. *de Republ.* 5. Grot. 3. *de jur. bell. et pac. cap.* 14. Et agnoscunt omnes, multum distare id, quod impune in servum fit ex gentium jure, et id quod naturalis ratio fieri sinit. *Cum in servum*, inquit, Seneca 1. *de clem.* 18. *omnia liceant, est aliquid, quod in hominem licere*

commune jus vetet. Et vero si natura inter homines omnes cognationem quandam constituit, *l. 3. de justitia et jur.* consequens est, in hominem hominem sævire, nefas esse; ac proinde alienum ab omni humanitate, quamvis servum, hominem tamen occidere, aut crudeliter tractare. Apostoli dictum est: *Domini, quod justum est et æquum, servis præstate: scientes quod et vos Dominum habetis in cœlo, ad Coloss. 4. vers. 1.* Immerito igitur Romani gloriati sunt, dominicam potestatem, quatenus jus vitæ et necis continebat fuisse juris gentium.

2 (*Quodcunque per servum acquiritur*) (1). Hoc ut rationi juris gentium convenit (nam qui in aliena non tantum potestate, sed etiam dominio est, nihil proprium habere potest, de quo plenius in §. *item vobis* 3. *infr. per quas pers. cuiq. acq.*); ita nihil admodum iniquitatis habet, quoniam dominus vicissim ad alimenta servo præstanda obligatus est.

TEXTUS.

De jure civium Romanorum in servos.

2 *Sed hoc tempore nullis hominibus, qui sub imperio nostro sunt, licet sine causa legibus cognita in servos suos supra modum sævire. Nam ex constitutione Divi Antonini, qui sine causa servum suum occiderit, non minus puniri jubetur, quam si alienum servum occiderit. Sed et major asperitas dominorum ejusdem Principis constitutione coercetur. Nam Antoninus consultus à quibusdam Præsidibus provinciarum de his servis, qui ad ædem sacram, vel statuam Principum confugiunt, præcepit, ut si intolerabilis videatur sævitia dominorum, cogantur servos suos bonis conditionibus vendere, ut pretium dominis daretur* (2), *et recte: expedit enim Reipublicæ, ne sua re quis male utatur. Cujus rescripti ad Ælium Martianum missi verba sunt hæc:* Dominorum quidem potestatem in servos illibatam esse oportet, nec cuiquam hominum jus suum detrahi: sed et dominorum interest, ne auxilium contra sævitiam, vel famem, vel intolerabilem injuriam denegetur iis, qui juste deprecantur. Ideoque cognosce de querelis eorum, qui ex familia Julii Sabini ad sacram statuam confugerunt, et si vel durius habitos, quam æquum est, vel infami injuria affectos esse cognoveris, venire jube, ita ut in potestatem domini non revertantur. Quod si meæ constitutioni fraudem fecerit, sciat hoc me admissum adversus se severius executurum.

COMMENTARIUS.

1 Refert *his* Justinianus ex Cajo et Ulp. *l. 1* et *l. 2. hoc tit.* Antoninum Pium modum posuisse potestati dominicæ, qua plerique immoderate utebantur; quæ

(1) *L. 7. tit. 11. P. 4.*

(2) *L. 6. t. 21. P. 1. l. 3. t. 5. P. 5.*

hujus potestatis moderatio ad jus naturæ sive internam justitiam jus illud exterius retraxit.

2 (*Major asperitas*) (1). Modica autem castigatio dominis permittitur, *l. un. C. de emend. serv.* et tamen circa pœnas minores, puta verbera, in servos adhibenda est æquitas, imo et clementia. Sic Apostolus *ad Ephes. 6. vers. 9.* postquam servis imperat, ut dominis carnalibus obediant, cum timore et tremore, in simplicitate cordis sui; loquens de dominis, eis jubet, ut minas servis remittant, inquiens: *Quia et illorum, et vester Dominus est in cœlis: et personarum acceptio non est apud eum.* Sed et operæ cum modo exigendæ sunt, et valetudinis servorum humanè habenda ratio; quod ipsum præter alia spectat lex divina in sabbati institutione: nimirum ut laboribus aliquod daretur spiramentum.

3 (*Ad ædem sacram*). Ad fana seu templa, quo confugientes suspecti criminum capitalium receptabantur, Tacit. 3. *annal. cap.* 60. quia ab his locis neminem eripere fas erat.

4 (*Ad statuam Principum*). Statuæ etiam Principum his, qui ad eas confugissent, asyla fuere, *l.* 1. §. 1. *de offic. Præf. urb. l. unic. Cod. de his qui ad stat. Princ. conf.* Plura de statuis et imaginibus Principum vide apud Brisson. 4. *antiq.* 11.

5 (*Vendere*). Nemo rem suam vendere cogitur, *l. invitum* 11. *C. de contr. empt.* (2) ac ne justo quidem pretio, *l.* 9. *de act. rer. amot.* nisi id exigeat utilitas publica, quæ hujus regulæ generalis est exceptio. Causæ impulsivæ variæ esse possunt; veluti ut tempore famis et annonæ caritatis cogantur divites et maxime negotiatores frumentum atque alia edulia justo pretio vendere, per *l.* 1. §. *cura* 11. *de offic. Præf. urb. l. annonam* 6. *de extraord. crim.* In servis *hic* est justa deprecatio auxilia contra sævitiam dominorum. Est et favor libertatis, §. *ult. infra de donat.* Sed et favore religionis idem receptum, ut in specie *l.* 12. *in fin. de religios.* Vide Ant. Gom. hos casus perscrutantem 2. *var. cap.* 2. *n. ult.*

6 (*Expedit enim Reipub*). Est quidem unusquisque rei suæ moderator et arbiter, *l. in re mandata* 21. *C. mand.* in tantum ut etiam abuti possit, *l. sed etsi* 25. §. *consuluit* 11. *de hær. pet.* Cæterum interest Reip. huic arbitrio modum à lege præscribi, ne privati fortunis suis abutendo, publico noceant. Accedit hic conditio personæ, quæ licet fortuna servus, homo tamen est et jure naturæ domino æqualis. Nimirum Reipub. institutio id secum fert, ut dominium quoddam habeat superius singulorum dominio ad necessitates, aut utilitates publicas; quod Grotius *lib.* 2. *de jur. bell. et pac. cap.* 2. et in *flor. spars. ad leg. Barbarius* 3. *de offic. Præt.* appellat dominium eminens, et in hanc sententiam egregie dispu-

(1) *L. 6. tit. 21. P. 6.*

(2) *L. 3. tit. 5. P. 5.*

rat Plato *lib. 11. de legib.* Hinc est quod Princeps etiam de bonis subditorum disponere potest, dirigendo eorum usum ad publicam seu communem utilitatem, tuncque subditis damnum hac occasione illatum sarcit (1).

7 "In Hispania præ oculis „habenda est nova constitutio „seu Bulla Clementis XIV. data „die 12 Septembris anno 1772. „qua Pontifex Regi nostro Caro„lo III. morem gerens, asyla coar„ctavit ad unam vel ad summum „duas Ecclesias seu loca sacra in „unaquaque civitate aut oppido, „prout Ordinarius Ecclesiasticus „designaverit, ut in hoc Valen„tino Regno jam ante observaba„tur. In qua constitutione *aliæ* „*Bullæ* Greg. XIV. Bened. XIII. „Clem. XII. et Bened. XIV. quæ „quorundam delictorum reos à „beneficio asyli exclusere, re„censentur."

TITULUS NONUS.

DE PATRIA POTESTATE.

Lib. 8. *Codic. Tit.* 47. (2).

Continuatio et Argumentum tituli.

1 Sequitur pars altera divisionis initio *superioris tituli* traditæ, ad eos pertinens, qui sunt in potestate patria. Potestas hæc tribus modis constituitur: justis nuptiis, legitimatione, adoptione. Nuptiæ naturalem hujus potestatis causam continent, ideoque de hoc modo primo loco quæritur; doceturque *hoc titulo*, quid sint nuptiæ: cujus juris sit patria potestas; qui quos in potestate habeant.

TEXTUS.

In potestate nostra sunt liberi nostri, quos ex justis nuptiis procreavimus (3).

COMMENTARIUS.

1 (*Ex justis nuptiis*). Nam ut nuper diximus, liberi ex injusto matrimonio nati in potestate patris non sunt, *l. 11. de stat. homin.* (4), adeoque nec patrem jure civili habere intelliguntur, sicut nec vulgo concepti,

(1) *L. 31. tit. 18. P. 3.*
(2) *Tit. 17. P. 4.*

(3) *L. 1. tit. 17. P. 4.*
(4) *L. 2. eod. tit.*

§. *pen. seq. tit.* Lege quidem naturæ matris conditionem sequuntur, ut scribit Jurisconsultus in *l. lex naturæ* 24. *d. tit.* Sed cum feminæ liberos in potestate non habeant, §. *feminæ* 10. *infr. de adopt.* sequitur, eos nec in potestate avi materni esse (1).

TEXTUS.

Definitio nuptiarum.

1 *Nuptiæ autem sive matrimonium est viri et mulieris conjunctio, individuam vitæ consuetudinem continens* (2).

COMMENTARIUS.

1 (*Nuptiæ sive matrimonium*). Promiscue fere vocabula *nuptiæ* et *matrimonium*, usurpantur. Sæpe tamen nuptias cum dicimus, intelligimus festivitatem, et celebritatem nuptialis diei, ut in *l. pen. de don. int. vir. et ux. l. sancimus* 24. *Cod. de nupt.* Illud translatitium est, nuptias à *nubendo* dictas esse, eo quod olim novæ nuptæ pudoris ergo caput obnubere flammeo solebant, idque Festus, Nonius, et alii complures notant, Seneca in *Octavia* de Poppæa Neroni nubente, *v.* 702.

Velata summum flammeo tenui caput.

2 (*Conjunctio*). Hoc generis loco ponitur: et simul causam efficientem denotat, nempe consensum, qui ut rerum, ita et vitæ societatem efficit. Est quidem principalis matrimonii finis sobolis procreatio, quam sine corporis conjunctione habere non possumus; unde etiam inter eas personas, quæ ad eam rem inhabiles sunt, nuptiæ non consistunt, *l. si serva* 39. §. 1. *de jur. dot.* (3). Sed ad vinculum matrimonii consensu stabilitum nihil adjicit, juxta tritum illud: *Nuptias non concubitus, sed consensus facit*, *l. nuptias* 30. *de div. reg. jur.* (4). Qui priscorum ritus in nuptiis adhiberi solitos nosse cupit, legat Bris. *lib. sing. de rit. nupt.*

3 (*Viri et mulieris*). Nam duorum ejusdem sexus conjunctio detestanda est, et lege Dei, lege naturæ, legibus omnium gentium damnata. Ait, *mulieris*, ad excludendam polygamiam, id est, nuptias cum pluribus uxoribus eodem tempore contractas: nam successive plures uxores habere, aut quod idem est, matrimonio per mortem alterius soluto, aliam ducere, prohibitum non est. Igitur apud Romanos vetitum fuit, plures uxores eodem tempore habere, idque divinæ simul ac naturali legi convenienter: quia etsi non adversetur primis principiis, seu juri gentium primario, adversatur tamen secundario, conclusionibus nempe ex principiis deductis. Cum autem jus gentium secundarium non sit penitus immutabile, ut diximus §. 11. *de jur. nat. gent, et civ.* nihil mirum

(1) *D. l. 2. in fine.*
(2) *L. 1. tit. 2. P. 4.*
(3) *L. 6. tit. 2. P. 4.*
(4) *L. 5. eod. l. 4. tit. 1. d. P. 4.*

quod nonnulli antiqui Patres, ut Abraham, Jacob, et David polygami fuerint; quia illi vel ex revelatione, et dispensatione divina in polygamiam consenserunt, vel quia invaluit tunc licita consuetudo plures accipiendi uxores, Innoc. III. in *cap.* 8. *de divort.* Div. August. *lib.* 22. *contr. Faust. c.* 47.

4 (*Individuam*). Verbum hoc *individuam*, duobus modis accipitur: uno modo pro eo, quod commune adhuc est atque indivisum; quo sensu individua hæreditas dicitur à Modestino, *l. sine* 32. §. *Lucius* 6. *de adm. tut.* et à Paulo individuum curæ officium, *l. Lucius* 46. §. 1. *eod.* Altero modo pro eo, quod dividi non potest; ut cum servitutes, obligationes, stipulationes individuas dicimus. Atque utraque significatio huic loco convenit; prima quidem simpliciter, ut ex iis, quæ mox dicemus, patebit; altera secundum quid, videlicet respectu aliarum conjunctionum et societatum, quæ facile dividi, hoc est, separari et pro arbitrio unius dissolvi possunt. Neque enim nuptiis passim renuntiare licet (1); adeoque Imperatores Christiani non nisi ex gravissimis causis divortia admittunt, *l.* 8. *C. de repud. nov.* 117. *cap.* 8. *et* 9. Dici etiam potest, conjugale vinculum ex proposito et voto contrahentium perpetuum atque individuum esse, licet ex accidenti aliquando contingat separatio (2), quod in definitione considerandum non fuit.

5 Quod si hæc res ad primam matrimonii institutionem, et ad eam, quam hic Deus sibi partem vindicat, exigatur, multo justius hæc conjunctio dicetur individua. Nam, ut Christus nos docet, initio conjugium sic à Deo institutum est, ut indissolubile esset. Et Deus interveniens personas conjungit. Quod autem Deus conjungit, homo separare non debet, *Matth.* 19. (3); quo etiam loco, et *Matth.* 5. prohibentur omnia divortia, præterquam quæ ex causa adulterii fiunt: de quo vide Sacræ Scripturæ Interpretes. Apud Romanos à condita urbe usque ad annum 520. nullum inter virum et uxorem divortium intercessisse, testes sunt Dionys. Halic. *lib.* 2. Val. Max. *lib.* 2. *cap.* 1. Gell. *lib.* 4. *cap.* 3. Primus Sp. Carvilius Romæ uxorem sterilitatis causa dimisit, ut iidem testantur. Procedente tempore divortia passim et sine ulla causæ redditione permissa, sed viris duntaxat, ut arguit locus Plauti in *Mercat. act.* 4. *sc.* 6. Tandem etiam uxoribus, ut constat ex *tit. de divort. et repud.* Juvenalis *Satyr.* 6. notat mulierem, quæ crebro divertendo, intra quinquennium octies viros permutaverat.

6 Nuptias honestatis causa præcedere solent sponsalia, ita dicta à spondendo, quia moris fuit veteribus stipulari et spondere sibi uxores futuras, *l.* 2. *de spons.* Gell. *lib.* 4. *cap.* 4. unde etiam sponsi sponsæque appellatio nata

(1) *L.* 7. *tit.* 2. *P.* 4.
(2) *D. l.* 7. *vers.* E como quier bien.
(3) *L.* 3. *eod. vers.* E el otro.

est, *l.* 3 *eod.* Sunt autem sponsalia, ut Florentinus definit: *Mentio et repromissio futurarum nuptiarum*, *l.* 1. *eod.* (1).

7 "In Hispania divortia non „fiunt nisi ex certis causis ab Ec„clesia probatis, de quibus late „agunt Interpretes juris canonici, „ad quod hoc argumentum præ„cipue spectat: agitur tamen de „eo *tit.* 10. *P.* 4."

TEXTUS.

Qui habent in potestate.

2 *Jus autem potestatis, quod in liberos habemus, proprium est civium Romanorum; nulli enim alii sunt homines, qui talem in liberos habeant potestatem, qualem nos habemus.*

COMMENTARIUS.

1 Certum est, Justinianum *hoc loco* distinguere voluisse patriam potestatem à dominica, idque à causa efficiente. Nam §. 1. *præced. tit.* dominicam dixit esse juris gentium: *hic* patriam dicit propriam civium Romanorum sive juris civilis, mixti scilicet: nam origo ejus non ex alio jure, quam ex quo matrimonium, quod prima et antiquissima paterni imperii causa est; nimirum marito ut capiti familiæ, naturæ lege atque ordine competit imperium in omnem familiam, in uxorem, in liberos, in servos; quamvis non eodem imperii genere omnibus imperet. Nam, ut recte et naturali rationi convenienter docet Aristot. 1. *Pol. c.* 1. et 8. *Ethic.* 12. neque maritus uxorem, neque pater liberos servili imperio regere debet: sed uxorem *civiliter*, id est, ut in Optimatum Republ. Magistratus cives suos; liberos autem, *regiè*, hoc est, ut Rex subditos; quos ut Rex amat, et ut ad eorum utilitatem omnia dirigit, ita et liberos ex se genitos amat pater, curam eorum gerit, iisque prodesse omnibus modis studet. Itaque patria potestas simpliciter et in genere considerata juris gentium est, adeoque dominica antiquior, et tanto antiquior, quanto matrimonium antiquius est bellis et servitutibus. Vis et lex naturæ semper in ditione parentum esse liberos jussit, ait Plin. in *Paneg. Traj.*

2 At considerata in specie et definite secundum leges et mores Romanorum, civilis est. Esse autem hanc etiam mentem Justiniani, verba *hujus* §. non obscure ostendunt. Nam hoc ipso quod ait, nullos alios homines, *talem potestatem in liberos habere, qualem cives Romani habent*, satis significat, etiam alios homines habere potestatem in liberos, quamvis talem fortassis nulli habeant.

TEXTUS.

Qui sunt in potestate.

3 *Qui igitur ex te et uxore tua nascitur, in tua potestate*

(1) *L.* 1. *tit.* 1. *P.* 4.

est. Item qui ex filio tuo et uxore ejus nascitur, id est, nepos tuus et neptis, æque in tua sunt potestate; et pronepos et proneptis; deinceps cæteri. Qui autem ex filia tua nascuntur, in potestate tua non sunt, sed in patris eorum (1).

COMMENTARIUS.

1 (*Qui ex filio tuo*). 4. *de his qui sui vel alieni jur.* Ratio perspicua est. Quia in familia avi paterni nascitur: omnes autem, qui sunt ejusdem familiæ, subjecti sunt familiæ principi, qui hic est filii pater: et qui est in potestate alterius, alium in sua potestate habere non potest, *l. sic eveniet* 21. *ad l. Jul. de adult. l.* 5. *ff. de his qui sui vel alien. jur.*

2 (*Quia autem ex filia tua*). Nati ex filia mea, non in mea, sed in patris sui potestate et familia sunt, *l. cum legitimæ* 19. *de stat. hom. l. familiæ* 196. §. 1. *de verb. sign.* (2). Unde quia mulier familiam suam non propagat, familiæ suæ finis dicitur *l. pronuntiatio* 195. §. *ult. eod.*

3 "In Hispania qui nascuntur ex filio tuo non sunt in potestate tua, sed in patris eorum, quia is per matrimonium à tua potestate fuit liberatus, suique juris effectus. Non sunt igitur apud nos nepotes in potestate avi sui. Hoc tamen ita, si nuptîæ fuerint benedictæ, de quo plura loquemur *tit. quib. mod. jus patr. pot. solv. in fine.*"

TITULUS DECIMUS.

DE NUPTIIS.

D. Lib. 23. *Tit.* 2. *C. Lib.* 5. *Tit.* 4. *Novell.* 74.

Ratio ordinis et Argumentum tituli.

1 Etsi *superiore titulo* de nuptiis dici cœptum est, ut primo et præcipuo modo constituendæ patriæ potestatis; tamen cum ex iis, quæ *ibi* dicta sunt, nondum intelligamus quæ sint justæ nuptiæ, ex quibus nati demum sunt in potestate patris, ideo ejus rei tractatio *hoc loco* subjicitur, doceturque, ad justas nuptias quæ res exigantur, quæ personæ, et quibus matri-

(1) *L.* 1. *et* 2. *tit.* 17. *P.* 4.
(2) *D. l.* 2. *in fin. tit.* 17. *P.* 4.
(3) *Tit.* 2. *P.* 4. *et tit.* 2. *lib.* 10. *Nov. Recop.*

monio jungi non possunt, qua pœna afficiantur qui adversus præcepta legum coeunt. Ad extremum et alius constituendæ patriæ potestatis modus explicatur, quem *Legitimationem* nunc vulgo appellamus.

TEXTUS.

Qui possunt nuptias contrahere.

Justas autem nuptias inter se cives Romani contrahunt, qui secundum præcepta legum coeunt, masculi quidem puberes, feminæ autem viri potentes, sive patres familiarum sint, sive filii familiarum; dum tamen, si filii familiarum sint, consensum habeant parentum, quorum in potestate sunt: nam hoc fieri debere, et civilis et naturalis ratio suadet in tantum, ut jussus parentis præcedere debeat. Unde quæsitum est, an furiosi filia nubere, aut furiosi filius uxorem ducere possit. Cumque super filio variabatur, nostra processit decissio, qua permissum est, ad exemplum filiæ furiosi, filium quoque furiosi posse et sine patris interventu matrimonium sibi copulare, secundum datum ex nostra constitutione modum.

COMMENTARIUS.

1 (*Justas*). Justi variæ sunt pro adjuncto significationes. *Hoc loco* justum idem significat quod legitimum: et justæ dicuntur nuptiæ, quæ secundum jura civitatis Romanæ inter puberes cives contrahuntur; eodem sensu, quo justum matrimonium in *l. unic. unde vir et uxor*. Sic justi liberi dicuntur legitimi, ad differentiam naturalium duntaxat, et vulgo quæsitorum, *l.* 5. §. *pen. l.* 11. *l.* 12. *de stat. hom.* justus pater ad differentiam naturalis, *l.* 44. §. 3. *hoc tit.* justa uxor, *l.* 31. *eod.* quæ legitima in *l.* 4. *eod.* In genere autem justæ nuptiæ habendæ: *Quæ secundum cujusque populi instituta contrahuntur.*

2 (*Cives Romani*). Igitur cum servis, Latinis, peregrinis, deportatis connubium non erat apud Romanos, Ulp. *frag. tit.* 5. §. 4. *l.* 3. *C. de inc. nupt.* Cic. in *Top.* Horum enim illegitima conjunctio *contubernium* dicebatur.

3 (*Masculi quidem puberes*). Romani ea demum ætate civibus suis matrimonia permiserunt, quæ natura apta esse creditur ad generandum, maribus nempe post annum decimum quartum, feminis autem biennio maturius (1), quia post annum duodecimum virum pati posse creduntur, *l.* 4. *hoc tit.* cujus diversitatis si quis rationem quærat, adeat Aristot. 4. *de gen. anim. cap.* 6. Macrob. 7 *Saturn.* 7. In sponsalibus ætas definita non est: quapropter et à primordio ætatis sponsalia effici possunt, modo utraque persona sit infante major, *l. in sponsal.* 14. *de sponsal.* (2), à quibus tamen facti puberes libere recedere possunt,

(1) *L.* 6. *tit.* 1. *P.* 4.

(2) *D. l.* 6.

cap. 7. *et* 8. ✠ *de despons. impub.*

4 (*Consensum habeant parentum, quorum in potestate*). Jure civili in nuptiis requiritur consensus tum eorum qui coeunt, tum parentum, si quos habent, quorum sunt in potestate, *l.* 2. *hoc tit.* quod etiam in sponsalibus observatur, *l.* 7. *l.* 11. cum *seqq. de sponsalib.* Nuptiæ itaque sine consensu coeuntium non consistunt, sicut nec alius ullus contractus sineconsensu intelligi potest, *l*, 1. §. 2. *de pact.* (1). ¿Quid ergo si error intervenerit? Distinguendum est: nam si talis sit error, qui consensum impedit, puta si quis erret in persona, putans Titiam esse, cum qua contrahit, cum sit Sempronia; hic error matrimonium vitiat, argum. *l. si per errorem* 15. *de jurisdict. l.* 9. *de contr. empt.* (2). Nam quod Jacob Liam pro Rachele suppositam retinuit, in eo non est usus summo jure: *cap. quod autem caus.* 29. *quæst.* 1. Lombard. 4. *dist.* 30. At si circa accidentalia tantum erratum sit, verbi causa, si pauper est, quæ dives dicebatur; si capitosa, quæ morigera; si plebeja, quæ nobilis credebatur &c. quoniam hic in re ipsa justus consensus est, ratum erit matrimonium, *d. cap. quod autem in fin.* (3). Covar. *de matr. p.* 2. *c.* 3. §. 6. *n.* 2.

5 Consensus in hoc contractu etiam plane liber esse debet, *l.* 11. *l.* 14. *C. hoc tit.* Ideoque matrimonium per vim aut justum metum initum, ipso quoque jure nullum est, *d. l.* 14. *cap. significavit* 2. ✠ *de eo qui dux in matr. cap.* 14. *et seqq. de sponsal.* (4). Plane metus reverentialis sive obsequium reverentiæ paternæ debitum, à quo absunt verbera, vincula, minæ, matrimonium non impedit, uti nec consensum, *l. si patre* 22. *hoc tit. l.* 7. *l.* 12. *de sponsal.* Covarr. *de matr. part.* 2. *cap.* 3. §. 6. *num.* 3. quod tamen alii examinant.

6 Synodus Tridentina *sess.* 24. *cap.* 1. *de reform. matrim.* anathemate damnavit eos, qui censent, nuptias à filiisfam. sine consensu parentum contractas irritas esse, aut parentes eas ratas, irritasve facere posse, dummodo coram proprio Parocho et duobus saltem aut tribus testibus celebratæ fuerint, sine quibus matrimonium clandestinum et irritum pronuntiatur, ut latius declaratur *ibid.*

7 (*Ex nostra constitutione*). Hæc est, *l.* 25. *Cod. hoc tit.*

8 "In Hispania jus à Tridentina Synodo statutum *d. sess.* 24. servamus, cum matrimonium non tantum ut contractum, sed etiam ut sacramentum merito consideremus: et verum matrimonium inter servos agnoscitur, *l.* 1. *tit.* 5. *P.* 4."

(1) *L.* 2. *tit.* 1. *P.* 4. *l.* 5. *tit.* 2. *eod.*

(2) *L.* 10. *tit.* 2. *P.* 4.

(3) *D. l.* 10. *in fine.*

(4) *L.* 15. *tit.* 2. *P.* 4. *vers.* La setena.

TEXTUS.

De parentibus et liberis.

1 *Ergo non omnes nobis uxores ducere licet: nam à quarumdam nuptiis abstinendum est: inter eas enim personas, quæ parentum liberorumve locum inter se obtinent, contrahi nuptiæ non possunt: veluti inter patrem et filiam, vel avum et neptem, vel matrem et filium, vel aviam et nepotem, et usque in infinitum. Et si tales personæ inter se coierint, nefarias atque incestas nuptias contraxisse dicuntur. Et hæc adeo vera sunt, ut quamvis per adoptionem parentum liberorumve loco sibi esse cœperint, non possint inter se matrimonio jungi: in tantum, ut etiam dissoluta adoptione idem juris maneat. Itaque eam, quæ tibi per adoptionem filia, vel neptis esse cœperit, non poteris uxorem ducere, quamvis eam emancipaveris* (1).

COMMENTARIUS.

1 *Hoc §. et seqq.* personæ recensentur de quibus dubitari potest an inter eas nuptiæ consistant. Nam quædam jure prohibentur inter se nuptias contrahere. Ut autem prohibeantur, fere fit ob turpitudinem conjunctionis, quæ turpitudo vel est à cognatione contrahentium, vel ab affinitate. Cognatio triplex est: mere naturalis; mere civilis; et mixta. Naturalis tantum est: *Quæ illegitimo coitu contrahitur* (2); civilis duntaxat: *Quæ per adoptionem constituitur*; mixta est: *Quæ inter eos versatur, qui ex justo matrimonio procreati sunt*, utroque videlicet jure concurrente, *l. 4. §. 2. de grad. et affin.*

2 Sed et alia insuper cognatio est, quam juris canonici Auctores *spiritualem* dicunt, et oritur ex baptismate, et confirmatione. De ea ex professo agitur *lib. 4. tit. 11. Decretal.* et in Synodo Tridentina *decr. de reform. matrimon. sess. 24. cap. 2.* Eam, quatenus ex baptismate nascitur, expresse probat Justinian. *in l. si quis 26. C. hoc tit. circa fin.* Introducta fuit ad exemplum cognationis legalis. Sicut enim per adoptionem adoptatus censetur filius ejus qui adoptavit: ita et baptizatus illius, qui eum ex baptismate suscepit. Vide, si placet, D. Covarr. *de matr. part. 2. cap. 6. §. 4.* Van Espen in *jur. ecclesiast. univ. part. 2. tit. 11. cap. 6.* Ea nuptiis impedimento quoque est, ut cognationes cæteræ, ceu patet ex *d. l. 26. C. hoc tit.* quod et *infra §. 11. hoc tit.* tractamus.

3 Ut autem prohibitiones ob turpitudinem conjunctionis plenius intelligantur, sciendum imprimis est, quid sit linea cognationis, quæ nihil est aliud quam: *Series personarum, quarum una ab alia, vel utraque ab eodem stipite descendit*: hinc duæ sunt illius spe-

(1) *L. 7. tit. 7. P. 4. vers.* Ca el Padre.

(2) *L. 13. tit. 2. P. 4.*

cies, recta una, transversa altera.

4 Recta, seu perpendicularis illa dicitur: *In qua sunt personæ, quarum una descendit ab alia.* Et duplex est, ascendentium nimirum, in qua sunt parentes; et descendentium, in qua sunt liberi. Linea transversa, quæ etiam lateralis seu collateralis appellatur, illa est: *Quæ eos complectitur, qui ex latere veniunt*, qui scilicet, etsi ab eodem stipite descendant, non tamen unus ab alio (1). Quæ etiam duplex est, æqualis, vel inæqualis. Prima est eorum, qui pari gradu distant à communi stipite, ut sunt duo fratres. Inæqualis vero illorum, qui inæquali gradu ab eodem stipite dissident, ut patruus, et fratris filius.

5 (*Parentum liberorumve locum*). *L. nemini* 17. *C. hoc tit.* Commodius dixisset, *inter parentes et liberos*: nam et patrui et avunculi etiam parentum locum obtinent, *l. sororis* 39. *hoc tit.* Hæc autem prohibitio in linea recta in infinitum est, *hoc textu.*

6 (*Nefarias atque incestas*). De iis qui in linea recta coierint, ait Justinianus nefarias, atque incestas nuptias contrahere, in summo scilicet gradu. Nam in his tanta est turpitudo et fœditas, ut natura omnes à tali conjunctione abhorreant, et sua ipsorum conscientia redarguantur necesse sit, qui hæc naturæ jura violant. Cæterum et aliæ nuptiæ, quæ ratione cognationis aut affinitatis prohibentur, incestæ, hoc est, incastæ et pollutæ (si Isidoro *lib.* 5. *cap.* 26. credimus) dicuntur, *d. l. sororis* 39. §. 1. *l. etiamsi* 56. *eod. tit. Cod. de incest. nupt.*

7 (*Quamvis per adoptionem*). Respectu quoque cognationis mere civilis inter parentes et liberos nuptiæ prohibentur, nefasque esse existimatur, eam uxorem ducere, quæ per adoptionem filia neptisve esse cœperit; in tantum, ut etsi per emancipationem adoptio dissoluta sit, idem juris maneat, *l. quin etiam* 55. *hoc tit.* (2). Nec id mirum videri debet, quamvis omnia adoptionis jura per emancipationem solvantur, *l. in omni* 13. *de adopt.* Nam in nuptiis semper etiam pudoris et reverentiæ ratio habetur, *l. adoptivus* 14. §. 2. *hoc tit.* Patris autem persona tam sancta et reverenda filiæ esse debet, ut ad impediendas nuptias sufficiat aliquando patrem fuisse.

TEXTUS.

De fratribus et sororibus.

2 *Inter eas quoque personas, quæ ex transverso gradu cognationis junguntur, est quædam similis observatio, sed non tanta. Sane enim inter fratrem sororemque nuptiæ prohibitæ sunt, sive ab eodem patre eademque matre nati fuerint, sive ab altero eorum. Sed si quæ per adoptionem soror tibi esse cœperit, quandiu quidem constat adoptio, sane inter te et eam nuptiæ consistere non possunt; cum vero per eman-*

(1) *L.* 2. *tit.* 6. *P.* 4. (2) *L.* 7. *tit.* 7. *P.* 4. *vers.* Ca el Padre.

cipationem adoptio sit dissoluta, poteris eam uxorem ducere: sed et si tu emancipatus fueris, nihil est impedimento nuptiis (1). *Et ideo constat, si quis generum adoptare velit, debere eum antea filiam suam emancipare, et si quis velit nurum adoptare, debere eum antea filium suum emancipare.*

COMMENTARIUS.

1 (*Inter fratrem et sororem*). In linea transversa æquali unus tantum gradus jure civili prohibitionem habet, nimirum fratrum et sororum nuptiæ, *l. nemini* 17. *C. hoc tit.* quas etiam à Deo interdictas non uno loco reperimus, *Lev.* 18. *vers.* 9. *et* 20. *vers.* 17. *Deuter* 27. *vers.* 20. An autem hæc interdictio moralis sit, perpetuamque et naturalem causam prohibitionis contineat, ad Theologos spectat tractare.

2 (*Sive ab altero eorum*). In nuptiis utrum frater sit germanus, an consanguineus, vel uterinus duntaxat, nihil interest, *Lev.* 18. *à vers.* 9. imo nec vulgo quæsitam sororem ducere licet, *l.* 54. *ff. hoc tit.*

3 (*Quandiu constat adoptio*). Per adoptionem quæsita fraternitas eo usque impedit nuptias, donec manet adoptio, aut naturalis filius in potestate. At si pater, vel me in potestate retento, filiam quam adoptaverat emancipaverit, vel me emancipato, illam in potestate retinuerit, possumus matrimonio jungi, *l. per adoptionem* 17. *hoc tit.* (2): vinculo agnationis, quæ sola hasce nuptias impedit, per emancipationem soluto. Nam reverentiæ et honestatis respectus, qui dissoluta adoptione adhuc manet inter patrem quondam et filiam, hic nullus est.

TEXTUS.

De fratris et sororis filia, vel nepte.

3 *Fratris vero, vel sororis filiam uxorem ducere non licet: sed nec neptem fratris vel sororis quis ducere potest, quamvis quarto gradu sint; cujus enim filiam ducere non licet, neque ejus neptem permittitur. Ejus vero mulieris, quam pater tuus adoptavit, filiam non videris prohiberi uxorem ducere: quia neque naturali, neque civili jure tibi conjungitur* (3).

COMMENTARIUS.

2 (*Ejus vero... quia neque naturali, neque civili*). Non naturali, quia cognata mea non est, cum adoptio non tribuat jus sanguinis: non civili, quia avunculus nemo fit per adoptionem, *l.* 12. *in fin. eod.* Quippe per adoptionem cum iis tantum personis necessitudo contrahitur, quæ si sanguine nos contingerent, nobis agnatæ essent, *l. per adoptionem* 23. *de adopt.* qualis

(1) *D. l.* 7. *in fine.*

(3) *Arg. l.* 8. *tit.* 7. *P.* 4.

(2) *L.* 7. *tit.* 7. *P.* 4. *vers.* Otrosí.

non est avunculus. Cætera quæ in *textu* plana sunt.

TEXTUS.

De consobrinis.

4 *Duorum autem fratrum vel sororum liberi, vel fratris et sororis, conjungi possunt.*

COMMENTARIUS.

1 Redit ad lineam transversam æqualem, in qua dicit, eos, qui in quarto gradu sunt, facta computatione civili, conjungi posse, nimirum fratris et sororis liberos: idemque traditur in *l.* 3. *hoc tit. l. celebrandis* 19. *C. eod.* scilicet quia hic cessat ratio, ob quam prohibeor neptem fratris ducere, quod ego illi parentis, illa mihi filiæ loco sit.

2 Monet hic locus, ut discrimen dinumerationis graduum, quod est inter jus civile et canonicum, obiter explicemus, quippe quod ad causas matrimoniales solum pertinet: nam in successionibus civilem computationem sequuntur (1) etiam in terris Ecclesiæ, teste Schined. *hic* et Tulden. ad *tit. Inst. de grad. cogn.* Jure civili generata persona gradum adjicit, ut tot eo jure sint gradus, quot sunt generationes, §. *hactenus* 7. *Inst. d. tit.* In linea recta aut ascenditur, quæ idcirco ascendentium appellatur, ordinemque parentum complectitur: aut descenditur, quæ dicitur descendentium, et ordinem comprehendit liberorum (2). In linea transversa seu collaterali primum ascenditur, deinde descenditur. Exempli gr. ego genitus sum à patre meo: ecce unum gradum. Idem pater meus genuit Titium fratrem meum: ecce alterum; unde consequitur, fratres duobus gradibus inter se distare jure civili. Pari ratione si quæras, quot gradibus à te distet patruus tuus, ascende primum ad avum vestræ cognationis communem auctorem, deinde iterum descende ad ejus filium, qui est patruus tuus, et comperies cum tribus gradibus à te distare: et ita deinceps. Latius hæc declarantur *in tit. Inst. de grad. cognat.*

3 Jus autem Pontificium aliter gradus dinumerat, *cap. ad sedem* 35. *quæst.* 5. Cujus juris regulæ sunt. 1. In linea ascendentium et descencentium quot sunt personæ, una dempta, tot gradus: quæ computatio in hac linea à computatione juris civilis in hoc tantum differt, quod canones personas numerant, jus civile generationes. 2. In linea transversa æquali, quot gradibus alter distat à communi stipite, totidem utrique inter se distant (3). Exempli gr. frater et soror distant inter se hoc jure uno tantum gradu: quia uno gradu distant à communi parente: et consobri-

(1) *L.* 3. *tit.* 6. *P.* 4. *vers.* E la razon.

(2) *L.* 2. *tit.* 6. *P.* 4. *vers.* La primera.

(3) *Vid. regulas positas post leg.* 2. *tit.* 6. *P.* 4.

nus ista computatione mihi est secundus, quia ab avo, qui communis utriusque nostrum fons est et origo, secundus numeror. 3. In linea transversa inæquali, quo gradu distat remotior à capite, eo gradu distant inter se. Igitur fratris mei filius secundo gradu à me abest, quia ille à patre meo avo suo duobus gradibus dissidet: et nepos fratris mei tertio, quia à patre meo ipse tertius est (1).

TEXTUS.

De amita, matertera, amita magna, matertera magna.

5 *Item amitam, licet adoptivam, ducere uxorem non licet. Item nec materteram: quia parentum loco habentur. Qua ratione verum est, magnam quoque amitam, et materteram magnam prohiberi uxorem ducere.*

Hujus §. ratio in ipso *textu* traditur, eadem scilicet, quæ impedit nuptias cum fratris et sororis filia vel nepte: de quibus *sup.* §. 3.

TEXTUS.

De affinibus.

6 *Affinitatis quoque veneratione à quarundam nuptiis absinere necesse est; ut ecce, privignam, aut nurum ducere non licet, quia utræque filiæ loco sunt. Quod ita scilicet accipi debet, si fuit nurus, aut privigna tua* (2). *Nam si adhuc nurus tua est, id est, si adhuc nupta est filio tuo, alia ratione uxorem eam ducere non poteris: quia eadem duobus nupta esse non potest. Item si adhuc privigna tua est, id est, si mater ejus tibi nupta est: ideo eam uxorem ducere non poteris, quia duas uxores eodem tempore habere non licet.*

COMMENTARIUS.

1 Hactenus de nuptiis, quæ propter cognationem prohibentur. Cognationis simulacrum quoddam est affinitas: cujus ea etiam vis est, ut quosvis affines quibusvis jungi, naturæ honestas non patiatur. Sunt autem affines: *Viri et mulieris cognati*, dicti ab eo, quod duæ cognationes, quæ inter se diversæ sunt, per nuptias copulantur, et altera ad alterius cognationis finem accedit, *l.* 4. §. 3. *de grad. et affin.* (3), ubi nomina quoque affinium peculiaria recensentur.

2 Gradus affinitatis proprie nulli sunt, quia affines ab affinibus non generantur, *d. l.* 4. §. 5. nihil tamen prohibet, quominus quasi quosdam gradus affinium numeremus; sic enim et Paulus loquitur in *l.* 10. *pr. d. tit*. dicamusque, quo gradu quispiam est co-

(1) *Vid. exempla in l.* 4. *tit.* 6. *P.* 4.
(2) *L.* 5. *tit.* 6. *P.* 4.

(3) *Vid. regulas post leg.* 2. *tit.* 6. *P.* 4.

gnatus marito, eo gradu esse affinem uxori et quasi cognatum, et contra.

3 Nascitur affinitas ex unione viri et uxoris, qui cum matrimonio juncti unum fiant, necesse est vinculo isto etiam utrinque cum iis connecti ipsorum cognatos, eodemque gradu, quo quis cognatus est marito, fieri uxori affinem et quasi cognatum: et ex contrario, quo gradu quis uxori cognatus est, eodem fieri affinem et quasi consanguineum marito (1); exempli gratia: in linea recta quia uxor mea uno gradu distat à patre suo, ab avo duobus, ego quoque à socero uno gradu, à prosocero duobus distabo: idemque de cæteris tum ascendentibus, tum descendentibus statuendum. In linea transversa quia maritus á fratre suo duobus gradibus distat, totidem distabit uxor à leviro. Quod ipsum quoque dicendum est de glore, sororio, fratria. Item quia uxor mea à patruo suo vel avunculo tribus gradibus dissidet, ego quoque à soceri fratre vel sorore totidem gradibus abero; et sic deinceps (2). Videamus nunc quinam gradus affinitatis prohibiti, et anne iidem omnes, qui et cognationis.

4. In linea recta eadem jure civili prohibitio in affinitate, quæ in cognatione. Itaque nec socer nurum, nec socrum gener, nec vitricus privignam, nec privignus novercam ducere potest, *l.* 14. §. *ult. hoc tit. l. nemini* 17. *C. eodem* quod et Justinianus *hoc et seq.* §. docet, prohibitionis hanc rationem afferens, quod invicem parentum et liberorum loco sunt: cui proinde consequens est, nec inter prosocerum et pronurum, nec inter vitrici patrem et privignam, et sic porro, nuptias licitas esse, *d. l.* 14. §. *ult. Lev.* 18 *verss.* 8. 15. *et* 17. (3). Atque hanc etiam prohibitionem perpetuam esse et moralem, evincit, locus Apostoli 1. *ad Cor.* 5. ubi tale stuprum ne inter gentes quidem nominari ait, ut quis uxorem patris habeat. Et M. Tullius in *orat. pro Cluent. cap.* 6. cum socrum genero nupsisse narrasset, subdit: ¡*O mulieris scelus incredibile, et præter hanc unam, in omni vita inauditum*!

5 (*Quia utræque filiæ loco sunt*) Hac ratione Justinianus docet, inter easdem personas prohibitas esse nuptias propter affinitatem, quam ob cognationem, eas nempe quæ parentum, liberorumve numero sunt, Quare quæ de cognatis dicta sunt, de affinibus quoque dicta intelligantur, etiam in linea transversa, *l.* 5. *l. pen. l. ult. C. de incest. et inut. nup.* Idque ipsum apparet, si in universum spectamus causam, ob quam nuptiæ inter affines prohibentur, videlicet quia vir et uxor in unum corpus coalescentes, non amplius duo censentur, sed una caro (4).

(1) *L.* 5. *tit.* 6. *P.* 4.
(2) *Vid. regul. post l.* 2. *eod.*
(3) *Arg. d. l.* 5. *tit.* 6. *P.* 4.
(4) *D. l.* 5.

TEXTUS.

De socru et noverca.

7 *Socrum quoque et novercam prohibitum est uxorem ducere: quia matris loco sunt. Quod et ipsum dissoluta demum affinitate procedit* (1): *alioquin si adhuc noverca est, id est, si adhuc patri tuo nupta est, communi jure impeditur tibi nubere; quia eadem duobus nupta esse non potest. Item si adhuc socrus est, id est, si adhuc filia ejus tibi nupta est: ideo impediuntur tibi nuptiæ, quia duas uxores habere non potes.*

Hujus §. *et superioris* eadem plane est sententia, ut nova explicatione non indigeat.

TEXTUS.

De comprivignis.

8 *Mariti tamen filius ex alia uxore, et uxoris filia ex alio marito, vel contra, matrimonium recte contrahunt: licet habeant fratrem, sororemve ex matrimonio postea contracto natos* (2).

De quasi privigna, quasi nuru, et quasi noverca.

9 *Si uxor tua post divortium ex alio filiam procreaverit; hæc non est quidem privigna tua: sed Julianus ab hujusmodi nuptiis abstineri debere ait. Nam constat, nec sponsam filii nurum esse, nec patris sponsam novercam esse: rectius tamen et jure facturos eos, qui ab hujusmodi nuptiis abstinuerint.*

De servili cognatione.

10 *Illud certum est, serviles quoque cognationes impedimento nuptiis esse, si forte pater et filia, aut frater et soror manumissi fuerint.*

Sed nec *hi tres* §§. explicatione indigent. Et si quæras cur ea de qua in §. 9. non est privigna, responsum habes in eo quod scribit Festus: *Privignus inde dictus est, quod prius genitus sit quam uxor secundo nuberet.*

TEXTUS.

De reliquis prohibitionibus.

11 *Sunt et aliæ personæ quæ propter diversas rationes nuptias contrahere prohibentur* (3), *quas in libris Digestorum seu Pandectarum ex jure veteri collectarum enumerari permissimus.*

COMMENTARIUS.

1 (*Sunt et aliæ personæ*). Quales sunt tutor vel curator, liberive eorum, qui cum pupilla vel

(1) *D. l.* 5.
(2) *Vid. post. l.* 2. *tit.* 6. *P.* 4. *regulam* : Item entre los.

(3) *Vid. legem* 10. *et seqq. titul.* 2. *P.* 4.

adulta nuptias contrahere vetantur, ne videlicet eo pacto rationum redditio intervertatur, *l. tutor 36. et l. senatusconsulto 59. hoc tit. et tit. C. de interd. matr. inter pup. et tut.* (1). Item Præses, vel qui officium in provincia administrat, provincialem uxorem ducere, prohibetur, *l. si quis 38. hoc tit.* (2). Lege quoque Julia vetatur Senator ducere libertinam, aut quæ ipsa, cujusve pater artem ludricam fecerit, *l. lege Julia 44. hoc tit.*

2 "In Hispania quoad personas, quæ matrimonio jungi prohibentur, jus canonicum sequimur: uti et in cæteris, quæ ad valorem matrimonii spectant. Unde præter prohibitionem in infinitum in linea recta, eam agnoscimus usque ad quartum gradum inclusive, ut loquuntur, et juxta computationem canonicam, in transversa seu laterali; tam inter affines, quam in cognatis: dum tamen affinitas ex matrimonio nascatur: nam si ex illicito coitu oritur, secundum gradum non excedit. Matrimonium vero tantum ratum, et sponsalia valida impedimentum pariunt inter unum ex contrahentibus, et alterius cognatos, quod publicæ honestatis dicitur, intra quartum gradum in matrimonio, et primum in sponsalibus, conclusum. Cognatio demum spiritualis, ex baptismate proveniens, ad baptizatum duntaxat, ejusdemque patrem et matrem ex una; et baptizantem, ac susceptorem seu patrinum ex alia, sese extendit. Quod et in confirmatione obtinet. Videatur Concil. Trident. *sess. 24. cap. 2. et duob. seqq. de reform. matr.*"

(1) *L. 6. tit. 17. P. 7.*
(2) *L. 2. tit. 14. P. 4.*

TEXTUS.

De pœnis injustarum nuptiarum.

11 *Si adversus ea, quæ diximus, aliqui coierint; nec vir, nec uxor, nec nuptiæ, nec matrimonium, nec dos intelligitur. Itaque ii, qui ex eo coitu nascuntur, in potestate patris non sunt: sed tales sunt (quantum ad patriam potestatem pertinet) quales sunt ii, quos mater vulgo concepit* (3). *Nam nec hi patrem habere intelliguntur: cum ex iis pater incertus sit: unde solent* Spurii *appellari* παρὰ τμυ οτορὰυ & ἀπάτορες, quasi sine patre filii (4): *sequitur ergo, ut dissoluto tali coitu, nec dotis, nec donationis exactioni locus sit. Qui autem prohibitas nuptias contrahunt, et alias pœnas patiuntur, quæ sacris constitutionibus continentur.*

COMMENTARIUS.

1 (*Nec vir, nec uxor*). Sunt enim hæc justi conjungii nomina. Pœna igitur communis omnium injustarum conjunctionum est, quod ipso jure tales nuptiæ nullæ sint: sicut nec cætera consistunt,

(3) *L. 1. et 2. tit. 17. P. 4.*
(4) *Princ. et l. 1. tit. 15. P. 4.*

quæ contra leges fiunt, *l.* 5. *C. de legibus.*

2 (*Nec dos*). Matrimonium quidem sine dote esse potest, at dos esse non potest sine matrimonio, *l.* 3. *de jur. dot.* (1).

3 (*Quantum ad patriam potestatem*). Comparatio eorum, qui ex injusto matrimonio nati sunt, cum iis, quos mater vulgo concepit, quoad patriam potestatem, cujus solius rei gratia *hic* de nuptiis quæritur, et neutri de hoc jure quoad hunc effectum patrem habere intelliguntur: quoniam nemo respectu eorum, quæ sunt juris civilis, filius intelligitur, nisi qui ex viro et uxore natus est, *l.* 6. *de his qui sui vel alien. jur. sunt* (2).

4 (*Cum et iis pater incertus sit*). Hæc verba non obscure innuunt, non tantum vulgo quæsitos incertum habere patrem, sed etiam eos, qui sunt ex injustis nuptiis procreati. Et vulgo quidem conceptos patrem demonstrare non posse certum est (3). At nati ex ea, quæ cum uno tantum licet illicite rem habuit, non videntur dici posse, habere incertum patrem; quod et verum est (4). Sed tamen, quantum ad Patriam potestatem attinet (quod ideo etiam nominatim expressit Justinianus *hic*); non modo vulgivaga venere concepti patrem habere non intelliguntur; verum etiam omnes, qui extra nuptias quæsiti sunt, licet patrem demonstrare possint, ex incerto tamen patre nati dicuntur, et pro vulgo quæsitis spuriisque habentur, *l. vulgo* 23. *de stat. homin. l.* 3. *Cod. solut. matrim.* (5).

5 (*Unde solent spurii appellari*). Romani iisdem notis, et prænomen *Spurius*, et vulgo quæsitos designabant, nisi quod illud ita notabant SP., hos S.P. interposito puncto, tanquam *sine patre.*

6 (*Nec dotis, nec donationis*). Quod dotis, aut donationis nomine propter nuptias ob injustum conjugium datum est, caducum fit, id est, fisco vindicatur, *l.* 52. *l. dote* 61. *hoc tit.* (6). Præterquam si qui aut errore accerrimo, non affectato, neque ex levi causa decepti sunt, aut ætatis lubrico lapsi, *leg.* 4. *C. de inc. nupt.* (7). In fœminis etiam error juris excusatur, sed positivi duntaxat; eoque referimus, *l.* 7. *C. de donat. inter virum et uxor. l.* 2. §. 2. *de his quæ ut indign.*

7 "In Hispania si qui matri»monium clandestinum contra»xerint, omnia bona tam con»trahentium, quam illorum, qui »interfuerint, fisco applicantur; »et insuper pœna exilii ab his Re»gnis omnibus imponitur; estque »justa exhæredationis causa, *l.* 5. »*tit.* 2. *lib.* 10. *Nov. Recop.*

(1) *Arg. pr. tit.* 11. *P.* 4. *et l.* 1. *tit.* 17. *d. P.* 4.
(2) *Pr. et l.* 1. *tit.* 15. *P.* 4.
(3) *L.* 1. *tit.* 15. *P.* 4.
(4) *L.* 5. *tit.* 19. *P.* 4.
(5) *Pr. et l.* 1. *tit.* 17. *P.* 4.
(6) *L.* 51. *tit.* 14. *P.* 5.
(7) *D. l.* 51.

TEXTUS.

De legitimatione.

13. *Aliquando autem evenit, ut liberi, qui statim, ut nati sunt, in potestate parentum non sunt, postea redigantur in potestatem patris: qualis est is, qui dum naturalis fuerat, postea curiæ datus, potestati patris subjicitur* (1): *necnon is, qui à muliere libera procreatus, cujus matrimonium minime legibus interdictum fuerat* (2), *sed ad quam pater consuetudinem habuerat, postea ex nostra constitutione, dotalibus instrumentis compositis in potestate patris efficitur. Quod et aliis liberis, qui ex eodem matrimonio fuerint procreati, similiter nostra constitutio præbuit.*

COMMENTARIUS.

1 Transit *hic* Imperator ad alterum modum constituendæ patriæ potestatis, qui legitimatio dicitur, et est: *Actus quo liberi extra nuptias suscepti efficiuntur legitimi.* Species legitimationis tres sunt: nam aut per curiæ oblationem fit; aut per subsequens matrimonium; aut denique per rescriptum Principis (3): quarum duæ priores *hic* tantum proponuntur: tertius enim modus est ex legibus novellis. Sunt qui quartam speciem adjiciunt, Gudel. *lib.* 1. *de jur. noviss. cap.* 16. Perez ad *tit. Cod. de natur. lib. n.* 16. nominationem nempe filii in testamento, aliove instrumento habente, subscriptionem trium testium à patre factam, *nov.* 17. *cap.* 2. unde *auth.* Si quis *Cod. de nat. liber.* Sed ea probatio potius est matrimonii, et præsumptio pro liberis, non quod facti, sed quod nati sint legitimi, quam proprius modus legitimandi.

2 (*Qui dum naturalis*). Objectum legitimationis sunt liberi naturales, id est, qui non sunt nati ex legitimo matrimonio, *tot. tit. C. de nat. liber.* (4). Cæterum nonnulla hic inter patrem et matrem differentia est. Matri omnes sunt naturales, etiam vulgo quæsiti, qui et matri succedunt ex SC. Orficiano, §. *pen. Inst. de SC. Orf.* (5). Patri, illi duntaxat, qui ex concubina suscepti, arg. *huj.* §. DD. in *l. pen. de concubin.* post Gloss. *ibid.* Igitur qui ex stupro, aut alia conjunctione, quam leges improbant, nascuntur, patri hi naturales non sunt, sed similes illis, quos mater vulgo concepit; quos constat non esse objectum legitimationis, cum nec patrem demonstrare possint, §. *præc.* (6). Quamvis inspecta rei veritate, omnes qui ex nobis nati sunt, liberi naturales, atque in iis, in quibus jus naturale inspicitur, ut in contrahendis nuptiis, pro talibus habeantur, *l.* 14. §. 2. *hoc tit.*

(1) *L.* 5. *tit.* 15. *P.* 4.
(2) *L.* 1. *tit.* 5. *lib.* 10. *N. R.*
(3) *L.* 1. *tit.* 13. *P.* 4. *l.* 4. *et seq. tit.* 15. *P.* 4.

(4) *L.* 1. *tit.* 15. *P.* 4. *lib.* 1. *tit.* 5. *lib.* 10. *Nov. Recop.*
(5) *L.* 5. *tit.* 20. *lib.* 10. *N. R.*
(6) *D. l.* 1. *tit.* 15. *P.* 4.

3 (*Posteà curiæ datus*) (1). Primus legitimandi modus est oblatio curiæ. Curia in municipiis et coloniis idem erat quod Romæ Senatus, et Decuriones, qui Senatores, inde dicti; quod ex iis, qui in coloniam deducebantur, decima pars consilio publico sive curiæ adscribebatur, auctore Pompon. *l. pupillus* 239. §. *Decuriones* 5. *de verb. sign.* In Impp. constitutionibus vulgo, *Curiales* appellantur. Naturalis quoque filia si Curiali uxor à patre data esset, jus filiæfam. adipiscebatur, *l.* 3. *C. de natur. lib.* (2). De hoc legitimandi modo latius agit Justinianus *novell.* 89. *cap.* 2. *et seqq.*

4 (*Necnon is, qui ex muliere libera*). Secundus legitimationis modus est, cum pater concubinam, ex qua liberos naturales habet, uxorem ducit. Nuptiarum quidem per se hæc vis est, ut liberi ex iis nati legitimi sint et in potestate patris: sed ut ante nati nuptiis subsecutis legitimi fiant, extrinsecus nuptiis accedit, et à beneficio legis est, cujus solius potestate legitimi censentur. Vide de hoc originis paternæ confirmandæ modo *l.* 10. *Cod. de natur. liber. novell.* 89. *cap.* 8.

5 (*Cujus matrimonium minime interdictum*). (3). Hoc ex eo necessario efficitur, quod concubina uxor ducenda est. Satis est autem, ut uxor esse possit, licet ad tempus impediatur: veluti si Præses provincialem in concubinatu habuerit, et finita administratione provinciæ eam uxorem ducat, *l. ult. de concub.*

6 (*Quod et aliis liberis, qui ex eodem*). Vitiosa proculdubio hæc lectio est. ¿Quis enim dubitet, eos liberos, qui ex justis nuptiis procreati sunt, legitimos esse? Quamobrem cùm Hotom. lego: *Quod, etsi nulli alii liberi ex eodem matrimonio nati fuerint, &c.* de quo dubitari poterat propter constitutionem Justiniani in *l.* 10. *C. de natur. liber.* et dubitatum fuisse constat ex *l.* 11. *C. eod.* ubi hæc controversia deciditur (4).

7 Tertium genus legitimationis postea accessit, nempe quæ fit per rescriptum Principis (5). Per rescriptum Principis legitimantur liberi naturales ad supplicationem patris, qui legitimam prolem non habet, et concubinam uxorem vel non potest ducere, puta quia mortua sit, aut se subducat; vel non honeste potest, ob vitæ scilicet turpitudinem, *auth.* Præterea *C. de nat. lib. nov.* 74. *c.* 2. *nov.* 89. *c.* 9. et 10 vel ad supplicationem filii, si pater eum hæredem instituit, vel testamento dixerit, desiderare se, ut natalibus restituatur, *d. cap.* 10. (6). Potest sane Princeps ex plenitudine potestatis filium naturalem legitimum facere, etiamsi pater legitimos liberos habeat, aut matrimonium cum matre inire possit. Cæterum non

(1) *L.* 6. *tit.* 15. *P.* 4.
(2) *L.* 8. *d. tit.* 15.
(3) *L.* 1. *tit.* 5. *lib.* 10. *N. R.*
(4) *Arg. l.* 5. *tit.* 15. *P.* 4.
(5) *L.* 4. *tit.* 15. *P.* 4.
(6) *L.* 6. *tit.* 15. *P.* 4.

intelligitur Princeps id velle facere, nisi rescripto id nominatim comprehensum fuerit, Myns. 1. obs. 31. Gall. 2. obs. 142. num. 8. Perez ubi supr. num. 12. Plane non rescinditur legitimatio semel concessa, quamvis postea ex justo matrimonio soboles patri agnascatur, Tulden. ad tit. C. de natur. lib. n. 5. Hæc legitimatio tantum in bonis legitimantis tribuit legitimato, quantum liberis legitimis jus naturæ. Cognatos autem non tangere, exceptis iis, qui in eam consentiunt, neque ad feuda pertinere, nisi id quoque nominatim cautum sit, notat Gratian. 1. manud. 12. add. Myns. 5. obs. 42.

8 "In Hispania tres memoratæ legitimationis species probatæ sunt, *l.* 4. *et seqq. tit.* 15. *P.* 4. *l.* 1. *tit.* 13. *eod. l.* 7. *tit.* 20. *l.* 10. *Nov. Rec.* Cæterum eam, quæ per oblationem curiæ dicitur, in desuetudinem abiisse, testantur Torres et Verní *hoc textu* Illa vero, quæ per subsequens matrimonium contingit, nuptialia instrumenta non desiderat, *d. l.* 1. et *ibi* Lopez, quod et jure canonico obtinet, *cap. tanta* 6. *qui filii sint legitimi.* Jus autem succedendi legitimatis competens opportuniori loco traditur *infr. de succes. cogn. lib.* 3. *tit.* 5. Licet autem in *l.* 7. *d. tit.* 15. *P.* 4. videatur propositus alius legitimandi modus, dum nempe quis instrumento propria manu scripto, vel publico, triumque testium subscriptione confirmato, filium suum signate eum nominans, ut talem recognoverit: tamen Gregor. Lopez in *glos.* 7. *hujus legis* bene advertit et probat, non ibi contineri novum legitimandi modum, sed probationem duntaxat pro filio, quod sit legitimus; quanquam fatendum est, verba ita esse aperta, ut haud facile hanc interpretationem admittant. Cæterum secundus casus ibidem traditur vers. *Otrosi*, plurimum juvat interpretationem Gregorii Lopez."

TITULUS UNDECIMUS.

DE ADOPTIONIBUS (1).

D. Lib. 1. *Tit.* 7. *Cod. Lib.* 8. *Tit.* 48.

1 Expositi sunt in *superiori titulo* duo priores modi constituendæ patriæ potestatis, nuptiæ et legitimatio: sequitur nunc tertius, adoptio. Adoptio est: *Actus legitimus, quo in jus et locum filiorumfamil. adsciscimus eos, qui nobis extranei sunt, in sola-*

(1) *Tit.* 7. *P.* 4. *tit.* 16. *eod.*

tium eorum, qui liberos non habent, inventus (1). Genus est *actus legitimus, l. 3. l. 4. hoc tit.* Sequentia differentiam continent, qua hic actus à reliquis legitimis actibus discernitur; quales sunt emancipatio, manumissio, et si qui sunt similes. Postrema verba finem indicant, quem etiam Theophilus expressit, et indicat Ulpian. *l. 15. §. 2. hoc tit.* itemque Cicero *orat. pro domo sua.* Origo adoptionis antiquissima est. Non enim Romani solum, verùm etiam Græci in solatium orbitatis filios sibi adsciscere solebant, ut ex *Æginetico* Isocratis, et Plutarcho in *Thesea* liquet. Apud Hebræos quoque, et Assyrios, atque Ægyptios in usu fuisse adoptionem, testes sunt Joseph 1. *antiq.* 15. Beros. *lib. 5. de florat.* Diod. Siculus 4. *biblioth.* Moses à filia Pharaonis adoptatus traditur *Exod. cap. 2.*

TEXTUS.

Continuatio.

Non solum autem naturales liberi, secundum ea, quæ diximus, in potestate nostra sunt, verum etiam ii, quos adoptamus (2).

COMMENTARIUS.

1 Filiosfamil. non solum natura, verum etiam adoptiones faciunt, *l. 1. hoc tit.* Per naturales liberos *hoc loco* intelligi oportet eos, qui sunt ex justis nuptiis procreati; ea enim perpetua est naturalium liberorum significatio, cum opponuntur adoptivis, utpote legitimis tantum; et diversæ ejusdem generis speciei, §. 7. *infr. eod.* §. 4. *infr. de exhæred. liber. l. 31. hoc tit.* At cum naturales opponuntur legitimis in genere, qui legitimi non sunt, significantur, et naturales duntaxat, §. *ult. tit. superioris, tot. tit. Cod. de natural. liber.* quod et in voce parentis naturalis similiter observandum.

TEXTUS.

Divisio adoptionis.

1 *Adoptio autem duobus modis fit, aut principali rescripto, aut imperio Magistratus. Imperatoris auctoritate adoptare quis potest eos, easve, qui, quæve sui juris sunt, quæ species adoptionis dicitur adrogatio. Imperio Magistratus adoptamus eos, easve, qui, quæve in potestate parentum sunt: sive primum gradum liberorum obtineant, qualis est filius, filia: sive inferiorem, qualis est nepos, neptis, pronepos, proneptis* (3).

COMMENTARIUS.

1 Duæ sunt species adoptionis, quarum altera *adrogatio* dicitur, altera, quia proprio caret,

(1) *L. 1. tit. 16.*
(2) *L. 1. tit. 16. P. 4.*
(3) *Lib. 7. tit. 4. P. 4.*

generis nomine *adoptio* appellatur, quod in jure nostro frequenter usu venit. Nam cum plura sint negotia, quam vocabula, *l. 4. de præscr. verb.* sæpe fit, ut verba, quæ vi sua generalem significationem habent, ex instituto loquentis certam speciem indicent, eam nimirum, quæ proprio nomine destituitur, et cui fere tum species ejusdem generis, quæ proprium nomen habet, opponi aut apponi solet, ut observare licet in vocibus *cognatio*, *servitus*, *actio*, et sexcentis aliis. Adrogatio est: *Adoptio eorum, qui sunt sui juris, facta auctoritate Principis.* Duo igitur sunt hujus adoptionis propria: primum, quod eorum tantum est, qui sui sunt juris; alterum, quod fieri debet auctoritate Principis(1), Quia olim in comitiis fieri debebat auctore populo.

2 Adoptio in specie est: *Adoptio eorum, qui sunt in potestate, fitque auctore patre, qui in potestate habet, apud Magistratum, apud quem est legis actio*, *l. 4. hoc tit. l. 1. C. eod. l. 3. de offic. Proc.* (2). Legis actio est: *Id, quod fit ex præscripto et forma legis cum solemnibus ad rem aliquam peragendam constitutis*: quibus solemnibus peragendis si lex Magistratum designaret, penes eum dicebatur esse legis actio. De formulis adoptionum, et mancipationum solemnibus studiosi antiquitatis consulant Gell. *lib. 5. cap. 19.* Gruch. 3. *de comit. Roman.* 3. Boet. *in Top. Cicer.* Rævard. *cap. 16. ad leg. XII. Tab.* Brisson. *lib. 1. antiq. cap. 7. de legis actionibus*, *et lib. 4. antiq. cap. 20.*

3 "In Hispania non aliter „adrogatio procedit, quam præ„cedente expresso adrogati con„sensu: in adoptione autem taci„tus adoptati sufficit, *l. 1. tit.* „16. *P. 4.*"

TEXTUS.

Qui possunt adoptare filiumfamilias, vel non.

2 *Sed hodie ex nostra constitutione, cum filiusfamilias à patre naturali extraneæ personæ in adoptionem datur, jura patris naturalis minime dissolvuntur; nec quidquam ad patrem adoptivum transit, nec in potestate ejus est: licet ab intestato jura successionis ei à nobis tributa sint. Si vero pater naturalis non extraneo, sed avo filii sui materno, vel si ipse pater naturalis fuerit emancipatus, etiam avo, vel proavo simili modo paterno vel materno filium suum dederit in adoptionem, in hoc casu, quia concurrunt in unam personam et naturalia, et adoptionis jura, manet stabile jus patris adoptivi, et naturali vinculo copulatum, et legitimo adoptionis modo constitutum; ut et in familia, et in potestate hujusmodi patris adoptivi sit* (3).

(1) *D. l. 7. vers.* La una.
(2) *D. l. 7. tit. 7. P. 4. vers.* La segunda.
(3) *L. 9. et 10. tit. 16. P. 4.*

COMMENTARIUS.

1 Olim quavis adoptione jus patris naturalis extinguebatur: isque, qui in adoptionem etiam extraneæ personæ dabatur, in patris adoptivi familiam et potestatem transibat. Post constitutionem autem Justiniani, quæ est *l. pen. Cod. hoc tit.* non aliter quam si detur personæ non extraneæ. Extraneam autem personam intelligit omnem, quæ extra lineam parentum sit: unde qui à patruo, aut avunculo adoptati sunt, perinde haberi debent, ac si à quovis extraneo adoptati forent.

2 (*Licet ab intestato jura success.*). Hoc ei à Justiniano specialiter tribuitur. Cæterum impune à patre hujusmodi adoptivo præteriri potest, alio hærede instituto *d. l. pen. §. sed ne* 1. §. 14. *Instit. de hær. quæ ab intest.* Hinc Interpretes adoptionem quæ fit à persona non extranea, id est, ascendente, *plenam* appellant, propterea quod jus patriæ potestatis tribuit; quæ vero à non ascendente, *minus plenam*, quia tantum jus succedendi ab intestato dat.

3 "In Hispania licet in *l.* 7. "*tit.* 7. *P.* 4. indistincte dicatur, "adoptatum non transire in potestatem adoptantis; tamen distinctio, quam jus Romanorum "facit inter adoptantes ascendentes et non ascendentes, probata est *l.* 9. *et* 10. *tit.* 16. *P.* 4. "Id vero speciale est, ut emancipatus ab ascendente, qui eum "adoptaverat, recidat iterum in "potestatem patris naturalis, *d.* "*l.* 10. *in fin.* De jure autem suc"cedendi adoptivis competente "suo loco tractavimus."

TEXTUS.

De adrogatione impuberis.

3 *Cum autem impubes per principale rescriptum adrogatur, causa cognita, adrogatio fieri permittitur: et exquiritur causa adrogationis, an honesta sit, expediatque pupillo; et cum quibusdam conditionibus adrogatio fit, id est, ut caveat, adrogator personæ publicæ, si intra pubertatem pupillus decesserit, restituturum se bona illis, qui, si adoptio facta non esset, ad successionem ejus venturi essent. Item non aliter emancipare eum potest adrogator, nisi causa cognita, dignus emancipatione fuerit: et tunc sua bona ei reddat* (1). *Sed et si decedens pater eum exhæredaverit, vel vivus sine justa causa emancipaverit; jubetur quartam partem ei bonorum suorum relinquere, videlicet præter bona, quæ ad patrem adoptivum transtulit, et quorum commodum ei postea acquisivit* (2).

COMMENTARIUS.

1 Impuberes antea adrogari non potuerunt; nunc autem possunt ex constitutione D. Anto-

(1) *L.* 7. *tit.* 16. *P.* 4.

(2) *L.* 8. *eod.*

nini, auctore Ulp. in *fragm. tit.* 8. sed non aliter, quam causa apud Magistratum cognita, *l.* 15. §. 2. *hoc. tit. l.* 2. *C. eod.* Causæ cognitio in multis vertitur. Primum excutiendum, quæ sint facultates pupilli; quæ ejus, qui eum adoptare volet: deinde cujus vitæ sit, et quibus moribus adrogator: tertio cujus ætatis, an non melius sit, eum de liberis procreandis cogitare, quam ex aliena familia sibi filium accersere: ad hæc, num liberos habeat justis nuptiis procreatos, quorum spem sine magna causa diminui non oportet; postremo etiam conjunctio spectatur, nec facile cuiquam pupillum adrogare permittitur, nisi quem vel naturali cognatione, vel alioqui sanctissima affectione duci appareat, *d. l.* 15. §. 2. *l.* 17. *eod.* (1). Pleraque tamen hæc capita communia videntur fuisse cum puberum adrogationibus; ut illa de ætate, liberis, moribus, et facultatibus adrogatoris. Causa autem nunc cognoscitur à Magistratu, adhibito consensu propinquorum pupilli, *l.* 2. *C. eod.* et tutorum quoque auctoritate, *l. ult. Cod. de auct. præst.* In minorum quoque adrogatione post constitutionem Claudii, curatoris auctoritas intercedere debet, *l.* 8. *eod.*

2 (*Ut caveat adrogator personæ publicæ*). Hoc proprie servatur in adrogatione impuberis. Caveat nimirum satisdato, id est, fidejussoribus datis, *l. non aliter* 18. cum *seqq. eod.* Caveat autem non ipsis, ad quos ea res perventura est; sive quod incerti sint, sive quod non omnes sunt ii, qui sibi stipulari possint: sed personæ publicæ, hoc est, Tabulario sive Scribæ Curiarum aut Magistratuum municipalium, qui aliis stipulando acquirere potest (2). Servos olim publicos fuisse, constat, *d. l.* 18. *l.* 2. *rem pup. salv. for. l. ult. C. de serv. Reip. man.* Primi Arcadius et Honorius caverunt, ne servi Tabulario præficiantur, *l.* 3. *C. de Tabul. lib.* 10. ubi Cujac. Sed etsi omissa fuerit satisdatio, utilem nihilominus actionem in adrogatorem dari, responsum est, *l.* 19. §. 1. *hoc. tit.* (3).

3 (*Ad successionem ejus venturi essent*). Pars hæc cautionis in *d. l.* 18. ita concepta est: *Ad quos ea res perventura est*, et in *l.* 19. *seq. Ad quos ea res pertinet*: quibus verbis significantur non ii tantum, qui ad successionem impuberis venturi sunt, quales sunt hæredes impuberis, sive illi ab intestato veniant; sive secundis tabulis à patre pupillo dati: sed etiam legatarii, et servi, quibus secundis tabulis legata, aut libertates datæ; in summa omnes, ad quos aliquid perventurum fuisset si adrogatus mansisset in suo statu, *dd. ll.* Habet autem hæc cautio locum, si adrogatus impubes decesserit, *l.* 20. *eod.* (4).

4 (*Dignus emancipatione*). Ita adrogatus non aliter emancipari

(1) *L.* 4. *tit.* 16. *P.* 4. *in med.*
(2) *D. l.* 4.

(3) *D. l.* 4.
(4) *L.* 4. *tit.* 16. *P.* 4. *in fin.*

potest quam si dignus emancipatione fuerit: puta si quid commiserit adversus patrem adoptivum, propter quod merito è domo ejici aut exhæredari posset (1). ¿At quæ causa est, quod nihilominus tam impio filio bona sua restituuntur? Hotomanus existimat, id constitutum esse ad vitandam omnem improbitatis suspicionem, qua alioqui pater adoptivus facile onerari posset.

5 (*Decedens exhæredaverit*). Intelligerem, sine justa causa: nam si justa exhæredationis causa sit, non video, cur præter bona sua etiam quartam partem bonum suorum adrogator ei relinquere cogatur, aut plus, quam cum ex justa causa emancipatur. Sed obstare videtur responsum Ulp. in *l.* 8. §. 15. *de inoff. test.* et objici potest, quod cum justam causam haberet adrogator, eum vivus non emancipaverit. An autem hæc quarta debeat esse omnium bonorum, aut portionis ab intestato debitæ, inter Doctores non convenit.

6 (*Relinquere*). Recte *relinquere*, ut intelligamus, non prius eam deberi, quam adrogator decesserit, *l.* 1. §. 21. *de collat.*

7 "In Hispania infantes adrogari nequeunt. Impuberes autem infantiam egressi non aliter quam annuente Rege, *l.* 4. *tit.* 16. *P.* 4. Et ita adrogatis, si absque justa causa emancipentur, vel exhæredentur, tenetur adrogator quartam omnium bonorum suorum præstare, *l.* 8. *eod.* Licet autem lex utatur verbo hoc *dar*, cujus significatio ad præsens tempus refertur, de præstatione tamen post mortem eam interpretatur Gregorius Lopez *gloss.* 1. *ejusd. leg.*"

TEXTUS.

De ætate adoptantis et adoptati.

4 *Minorem natu majorem non posse adoptare placet: adoptio enim naturam imitatur, et pro monstro est, ut major sit filius quam pater. Debet itaque is, qui sibi filium per adoptionem, aut adrogationem facit, plena pubertate, id est, decem et octo annis præcedere* (2).

COMMENTARIUS.

1 Adoptio naturæ imago et similitudo quædam est, *l.* 23. *de lib. et post.* unde cum alia multa, tum hoc quoque provenit: quod majorem natu minor adoptare non possit, cum per naturam filius non possit esse major patre (3). Qua de causa Clodii adoptionem jure exagitat Cic. *pro dom. cap.* 13. *Factus est*, inquit, *ejus filius* (Fonteji) *contra fas, cujus per ætatem pater esse potuisti*; et similia mox sequuntur.

2 (*Plena pubertate, id est, decem et octo annis*) *l.* 40. §. 1. *hoc*

(1) *L.* 7. *tit.* 16. *P.* 4.
(2) *L.* 2. *tit.* 16. *P.* 4.

(3) *L.* 1. *tit.* 22. *P.* 3. *vers.* E contra natura.

tit. ¿Cur autem octodecim annis? Nam si nuptiæ post annum decimum quartum contrahi possunt, potest et quis filium habere ante hanc ætatem. Sed nimirum quia rarissime accidit, ut masculi ante annum octavum decimum ad plenam pubertatem perveniant, et liberos suscipiant; minor ætas in adoptione insuper habita est, juxta *l.* 3. 4. et 5. *de legib.* Nimirum etsi pubertatis initium est anno 14. *infr. quib. mod. tut. fin.* maturitas tamen demum anno 18. *l.* 40. §. 1. *hoc tit.* ubi hæc plena pubertas dicitur. In specie *lig.* 14. §. 1. *de alim. leg.* alimentorum favore idem evenit.

TEXTUS.

De adoptione in locum nepotis, vel neptis, vel deinceps.

5 *Licet autem et in locum nepotis, vel neptis, pronepotis, vel proneptis, vel deinceps, adoptare, quamvis filium quis non habeat.*

COMMENTARIUS.

1 (*Quamvis filium quis non habeat*). *L.* 37. *hoc tit.* Dixeris, hoc pugnare cum eo, quod ante dictum est, adoptionem imitari naturam: natura enim fieri non posse, ut quis nepotem habeat, qui filium non habet. At, inquam, sufficit habere posse, hoc est, ejus me ætatis esse, ut et filium, et ex filio nepotem ea ætate habere potuerim, qua est is, quem adoptare volo. Nam et qui uxorem non habet, filium adoptare potest, quamvis sine uxore pater esse non possit, *l.* 30. *eod.* Duplex igitur hic fictio est. De duplici fictione circa idem vid. Vaud. 2. *quæst.* 4.

TEXTUS.

De adoptione filii in locum nepotis, et contra.

6 *Et tam filium alienum quis in locum nepotis adoptare potest, quam nepotem in locum filii.*

Textus iste planus est.

TEXTUS.

De adoptione in locum nepotis.

Sed si quis nepotis loco adoptet, vel quasi ex filio, quem habet jam adoptatum; vel quasi ex illo, quem naturalem in potestate habet: eo casu et filius consentire debet, ne ei invito suus hæres agnascatur. Sed ex contrario, si avus ex filio nepotem det in adoptionem, non est necesse filium consentire.

COMMENTARIUS.

1 (*Filius consentire debet*). Nimirum si nepos adoptetur quasi ex Lucio filio, verbi causa, natus. Nam si simpliciter adoptetur, et tanquam ex incerto filio, nullius consensus desideratur, quia tunc cessat ratio juris, quæ

consensum requirit, expressa in *hoc textu l. 43. et seq. hoc tit.*

2 (*Non necesse est filium*). Quia nimirum nepos non in patris sui, sed in avi potestate est. Potestatis autem tanta vis fuit apud Romanos, ut avus nepotem, inconsulto filio (tametsi durum id est); alii in adoptionem dare potuerit.

3 "In Hispania, cum, ut „monuimus *supra* §. 3. *de patr.* „*pot.* nepotes non sint in potesta„te avi, non poterunt ab eo in „adoptionem dari."

TEXTUS.

Qui dari possunt in adoptionem.

8 *In pluribus autem causis adsimilatur is, qui adoptatus vel adrogatus est, ei, qui ex legitimo matrimonio natus est; et ideo si quis per Imperatorem, vel apud Prætorem, vel Præsidem provinciæ non extraneum adoptaverit, potest eundem in adoptionem alii dare.*

Textus hic clarus est.

TEXTUS.

Si is, qui generare non potest, adoptet.

9 *Sed et illud utriusque adoptionis commune est, quod et ii, qui generare non possunt, quales sunt spadones, adoptare possunt: castrati autem non possunt.*

COMMENTARIUS.

1 (*Qui generare non possunt*). Id est, qui propter vitium aliquod, quod tamen sanabile sit, procreare non possunt; quales *hic, et alibi* perhibentur esse spadones.

2 "In Hispania adoptare „possunt ii, quibus impedimen„tum generandi non est à natu„ra, sed culpa alterius, vel ca„su, sive ægritudine, *l.* 3. *tit.* 16. „*P.* 4."

TEXTUS.

Si fœmina adoptet.

10 *Fœminæ quoque adoptare non possunt, quia nec naturales liberos in sua potestate habeat: sed ex indulgentia Principis ad solatium liberorum amissorum adoptare possunt.*

COMMENTARIUS.

1 Adrogatio et adoptio jure veteri in eo discrepabant, quod fœminæ adrogari non poterant: quia adrogatio olim auctore populo in comitiis fiebat, quorum nulla cum fœminis communio. Adoptari autem non vetabantur. Nunc vero ex rescripto Principis etiam adrogari possunt, *l.* 21. *hoc tit.* Adrogare autem vel adoptare, nec olim poterant, nec nunc possunt. Ratio redditur à Justiniano: quia nec naturales liberos in potestate habent; quasi diceret, absur-

dum esse, ut majorem vim habeat fictio, quam rei veritas; adoptio, quam natura. Claudicare tamen videtur hæc ratio in extraneo adoptante, in cujus potestate licet adoptatus non sit, tamen constat adoptio ex constitutione Justiniani, §. 2. *supra eod.*

2 (*Ex indulgentia Principis*). *L. si suspecta* 29. §. *quoniam* 3. *de inoff. test.* non tamen ut filium habeant in potestate, sed ut solatium orbitatis et hæredem.

3 (*Ad solatium liberorum amissorum*). Transcriptum hoc ex *l.* 5. *C. eodem.*

4 "In Hispania non est per-
»missum fœminis adoptare, nisi
»eo duntaxat casu, quo filium in
»prælio amiserunt, vel alias Re-
»gi, aut Curiæ, cui oblatus fue-
»rat, serviet; et tunc non aliter,
»quam ex rescripto Regis, *l.* 2.
»*tit.* 16. P. 4."

TEXTUS.

De liberis adrogatis.

11 *Illud proprium est adoptionis illius, quæ per sacrum oraculum fit, quod is, qui liberos in potestate habet, si se adrogandum dederit, non solum ipse potestati adrogatoris subjicitur, sed etiam liberi ejus fiunt in ejusdem potestate tanquam nepotes* (1). *Sic enim D. Augustus non ante Tiberium adoptavit, quam is Germanicum adoptasset, ut primus adrogatione facta inciperet Germanicus Augusti nepos esse.*

(1) L. 7. *tit.* 16. P. 4.

COMMENTARIUS.

1 (*Per sacrum oraculum*). Per Principem, *l.* 2. *eod.* Per Principis rescriptum, *l.* 6. *Cod. eod.* Periphrasis est adrogationis.

2 Quod *hoc* §. proponitur, proprium effectum est adrogationis; nempe non solum eum, qui adrogatur, transire in potestatem patris adoptivi: sed etiam liberos, qui in ejus potestate erant, tanquam nepotes, *l.* 40. *eod.* In adoptione autem hoc non similiter contingit, in qua is tantum transit, qui adoptatur, non etiam liberi ejus. Ratio differentiæ in promptu est. Nam in adoptionem dantur filiifamilias, quorum liberi sunt in potestate alterius, nempe ejus, qui in adoptionem dat: ideoque etiam in illius potestate remanent, *l.* 28. *eodem.*

TEXTUS.

De servo adoptato, vel filio nominato à domino.

12 *Apud Catonem bene scriptum refert antiquitas, servos, si à domino adoptati sint, ex hoc ipso posse liberari. Unde et nos eruditi in nostra constitutione etiam eum servum, quem dominus actis intervenientibus filium suum nominaverat, liberum esse constituimus: licet hoc ad jus fi-*

lii accipiendum non sufficiat.

COMMENTARIUS.

1 (*Ex hoc ipso liberari*). Satis apparet, his verbis Justinianum significare velle, servos à domino adoptatos, non jus filiorum, sed libertatem duntaxat consequi: atque inutilem quidem esse hanc adoptionem, sed vim tamen manumissionis habere.

2 (*Nostra constitutione*). *L. un.* §. 10. *de Lat. lib. toll.*

3 "In Hispania probantur in »*l.* 5. *et seq. tit.* 16. *P.* 4. prohibitiones juris Romanorum, »quibus vetabatur adrogari libertus alienus, *l.* 15. §. 3. *de adopt.* et qui sub tutela fuerat ab »ejusdem tutore, nisi major fuerit 25. annis, quo casu permissa erat adrogatio, *l.* 17. *eod.* sed »et tunc rescriptum Principis in »Hispania desideratur."

TITULUS DUODECIMUS.

QUIBUS MODIS JUS PATR. POTEST. SOLVITUR.

D. Lib. 1. *Tit.* 7. *Nov.* 81. (1).

1 Mos hic est perpetuus Jurisconsultorum, ut expositis iis, quæ ad constitutionem alicujus rei valent, subjiciant contraria, sive ea, quæ ad ejus imminutionem, aut dissolutionem pertinent. Itaque cum hactenus visum sit, quibus modis jus patriæ potestatis constituitur, recte nunc subjiciuntur modi, quibus jus illud solvitur. Ejusmodi autem septem fere *hoc titulo* proponuntur; mors patris aut avi, deportatio, servitus pœnæ, dignitas Patriciatus, captivitas, emancipatio, adoptio.

TEXTUS.

Scopus et nexus. De Morte.

Videamus nunc, quibus modis ii, qui alieno juri sunt subjecti, eo jure liberentur. Et quidem quemadmodum liberentur servi à potestate dominorum, ex iis intelligere possumus, quæ de servis manumittendis superius exposuimus. Hi vero, qui in potestate parentis sunt, mortuo eo sui juris fiunt. Sed hoc distinctionem recipit; nam mortuo patre, sane omnimodo filii filiæve sui juris efficiuntur; mortuo vero avo, non omnimodo nepotes

(1) *Tit.* 18. *P.* 4.

nepiesve sui juris fiunt: sed ita, si post mortem avi in potestatem patris sui recasuri non sunt. Itaque si moriente avo pater eorum vivit, et in potestate patris sui est; tunc post obitum avi in potestate patris sui fiunt. Si vero is, quo tempore avus moritur, aut jam mortuus est, aut per emancipationem exiit de potestate patris; tunc ii, qui in potestatem ejus cadere non possunt, sui juris fiunt.

COMMENTARIUS.

1 Tene memoria *istum textum*, qui ita clare loquitur de morte patris et avi, quoad ad solvendam patriam potestatem, distinguendo casus, ut nulla indigeat explicatione.

2 "In Hispania cum nepotes, »ut supra vidimus §. 3. *de patr.* »*pot.* non sint in potestatate avi, »hujus mors ad effectum solvendæ patriæ potestatis insuper ha»betur. Solius igitur patris morte vincula potestatis patriæ sol»vuntur, filiique juris sui fiunt: »quæ tamen intellige dummodo »patris nuptiæ benedictæ sint, ut »*ibi* diximus. Casum etiam exci»pe quo pater filios habens in »potestate se adrogandum dede»rit, ex doctrina §. 11. *sup. de* »*adopt.* probata per *l.* 7. *tit.* 16. »*P.*4. quam *ibi* laudavimus.

TEXTUS.

De deportatione.

1 *Cum autem is, qui ob aliquod maleficium in insulam deportatur, civitatem amittit; sequitur, ut qui eo modo ex numero civium Romanorum tollitur, perinde quasi eo mortuo, desinant liberi in potestate ejus esse. Pari ratione, et si is, qui in potestate parentis sit, in insulam deportatus fuerit, desinit esse in potestate parentis* (1)*; sed si ex indulgentia Principis restituti fuerint, per omnia pristinum statum recipiunt.*

(1) *L.* 2. *tit.* 18. *P.* 1.

COMMENTARIUS.

1 (*In insulam deportatur*). Etiam deportatione patria potestas solvitur; nam cum hæc potestas propria sit civium Romanorum, §. 2. *supr. de patr. pot.* fieri non potest, ut qui civis Rom. non sit, filium habeat in potestate. Deportatio autem est: *Capitis minutio, qua qui afficitur, in numero civium esse desinit*, §. 2. *infr. de cap. dem.* ubi plura dicemus.

2 (*Perinde quasi eo mortuo*). Nam intereunt homines non solum morte, verum etiam maxima et media capitis deminutione, *l. verum* 63. §. *ult. pro soc. l.* 1. §. *filium* 8. *de bon. poss. con. tab.* quæ ob id vulgo mors civilis dicitur.

3 (*Ex indulgentia Principis restituti*). Nempe plenissime et in integrum, *l.* 1. *C. de sent. pass.*(2). Nam simplex et generalis restitutio pœnæ tantum gratiam facit, reditumque in patriam con-

(2) *L.* 2. *tit.* 32. *P.* 7.

cedit, add. *l.* 2. §. 6. *C. d. tit.*

TEXTUS.

De relegatione.

2 *Relegati autem patres in insulam in potestate liberos retinent, et liberi relegati in potestate parentum remanent* (1).

COMMENTARIUS.

1 Relegati, sive in insulam, sive simpliciter certis provinciis interdicti, omnia sua jura retinent; nec refert, in perpetuum, an ad tempus relegentur, *l.* 4. *l.* 7. §. 3. *de interd. et rel.* Sed et bona sua omnia retinent, nisi parte bonorum nominatim adempta in perpetuum relegentur, *d. l.* 4. *d. l.* 7. §. *ad tempus* 4. ¿Quæ autem ratio est, quod deportati hæc omnia cum civitate amittant, relegati non item? Diversitas intelligi poterit ex verbis sententiæ et forma executionis. Nam deportati perpetuo exilio multati, jubebantur compedibus vincti et navigio impositi à servis publicis constitutam in solitudinem avehi: quæ condemnatio eos manifeste peregrinitatem redigit, *l. sunt quidam* 27. §. 1. *de pen.* Relegatis autem dies præstituebatur, intra quem excederent. Moris enim erat ita pronuntiari: *Illum provincia illa insulisque eis relego: excedereque debebit intra illum diem, d. l.* 7. §. 17. *de int. et rel.* Quæ sententia existimationem quidem civis minuit, sed non consumit aut caput eximit de civitate, *l.* 5. §. 2. *de extr. cogn.* Nomen exilii commune est, exulesque non deportati solum, sed relegati atque interdicti appellantur, *l.* 4. *l.* 5. *de interd. et rel.* quippe omnes extra solum missi, sive solo patrio expulsi; unde exulem dici, auctores sunt Festus, Nonius et Quintil. *declam.* 336. Plerumque tamen et quasi proprie exilium de deportatione dicitur, quasi relegatio exilium proprie non sit, cum jus civitatis retineatur, *l.* 2. *de publ. jud.* Hinc et Ovidius se non exulem esse scribit, sed relegatum, *lib.* 2. *et* 5. *trist.*

TEXTUS.

De servitute pœnæ.

3 *Pœnæ servus effectus, filios in potestate habere desinit. Servi autem pœnæ efficiuntur, qui in metallum damnantur, et qui bestiis subjiciuntur* (2).

COMMENTARIUS.

1 Si is, qui civitatem retenta libertate amittit, liberos in potestate habere desinit, et mortui loco habetur: ¿quanto magis, qui cum civitate simul et libertatem? Servitutem enim vel maxime mortalitati veteres comparabant, *l. quod attinet* 32. *l. ser-*

(1) *L.* 3. *tit.* 18. *P.* 4.

(2) *Vid. l.* 2. *tit.* 18. *P.* 4. *et gloss.* 6. Gregor. Lop.

vitutem 209. *de div. reg. jur.*

2 (*Pœnæ servus*). Pœnæ servus dicitur: *Qui non alium dominum habet, quam ipsam quodammodo pœnam, cui addictus est.* Ideoque si quid tali servo legatum sit, pro non scripto esse, quasi non Cæsaris servo datum, sed pœnæ, Marcian. respondit, *l.* 17. *de pœn.* Cæterum non solum servitute pœnæ, cujus solius *hic* fit mentio, verum etiam quovis alio genere servitutis patria potestas solvitur; puta si liber homo major 20. annis ad pretium participandum se venundari passus sit; aut si libertus ingratitudinis convictus redigatur in potestatem domini, §. 1. *infr. de cap. dem.* Quominus qui ab hostibus capiuntur huc pertineant, facit jus postliminii, et lex Cornelia testamentaria, §. 5. *infra hoc tit.*

3 Jure novissimo servitus pœnæ sublata est, *nov.* 22. *cap.* 8. *auth.* Sed hodie *C. de donat. inter vir. et uxor.*

TEXTUS.

De dignitate.

4 *Filiusfamilias si militaverit, vel si Senator, vel Consul factus fuerit, remanet in potestate patris: militia enim vel consularis dignitas de patris potestate filium non liberat. Sed ex constitutione nostra summa Patriciatus dignitas illico, imperialibus codicillis præstitis, filium à patria potestate liberat* (1). *¿Quis enim patiatur, patrem quidem posse per emancipationis modum, potestatis suæ nexibus filium liberare: imperatoriam autem celsitudinem non valere, eum, quem sibi patrem elegit, ab aliena eximere potestate?*

(1) *L.* 7. *tit.* 18. *P.* 4.

COMMENTARIUS.

1 (*Si militaverit*). Milites multis privilegiis et prærogativis à Principibus donati sunt: nexu tamen patriæ potestatis jure sacramenti eos solvi noluerunt, *l.* 3. *de castr. pec.* Observandum obiter, militiam speciem quandam fuisse dignitatis, atque inde factum, ut omnia fere officia etiam civilia, militiæ postmodum dictæ sint.

2 (*Vel si Senator, vel Consul*). Non obstat *huic loco* quod dicitur *in l. antepen. de his, qui sui vel al. jur.* in publicis causis filiumfamilias haberi loco patrisfamilias, veluti ut Magistratum gerat etc. Hoc enim non significat filium Consulatu, aliove munere publico liberari patria potestate: sed patriam potestatem non obstare, quominus Consul puta, aut Prætor creetur, omniaque munia Magistratus sui obeat, etiam repugnante patre, atque adeo etiam adversus patrem, *l.* 13. *in fin. et l. seq. ad senat. Treb.*

3 (*Ex nostra constitutione*). *L. ult. C. de Consul. lib.* 12. Quod Justinianus in *d. constit.* Patriciatui tribuit, id postea produxit etiam ad alias dignitates, et ad

eas omnes quæ à Curia liberant: nominatimque idem jus concessit Consulatui, Præfecturæ prætorianæ, Præfecturæ urbicæ, Præturæ, Magisterio militum, et denique Episcopatui, *novell.* 81. in *pr. cap.* 1. *et* 3.

4 (*Summa Patriciatus dignitas*). Stante Republ. Patricii dicebantur, qui eorum Senatorum progenies erant, quos Romulus creaverat. Antiquissimæ quoque cujusque Senatoriæ familiæ liberi, ætate Livii, Patricii appellabantur. Verum longe aliter Patricii in constitutionibus recentiorum Impp. accipiendi sunt. Nam translato Constantinopolim Imperio, cœpere Principes ex Senatoribus, qui curulibus Magistratibus functi erant, sibi consiliarios, et quasi patres legere, quos Patricios dici placuit, quasi patres communes Reip. auctore Suida. Atque ex eo tempore Patriciatus nomen esse cœpit supremi consilii.

5 (*Codicillis præstitis*). Codicilli apud Latinos inter alia significant diplomata, sive litteras principales, quibus honores mandantur, ut apud Sueton. in *Claud. cap.* 29. *et l.* 12. *C. de dign.* uti *et hoc loco.*

6 (*Quem sibi patrem elegit*). Patricii Impp. Constantinopolitanis parentum loco erant: quæ parentis appellatio Claudiano lepidi joci materiam tribuit. Is enim in Eutropium Patricium, cujus bona publicata, et in fiscum coacta erant, sic ludit in *lib.* 2. *in Eutrop. vers.* 49.

Direptas quid plangis opes, quas natus habebit?
Non aliter poteras Principis esse pater.

Quorum versuum hic sensus est: Eutropium æquo animo adversum fortunæ casum, bonorumque suorum publicationem ferre debere; cum eo modo ad Principem, qui ei filii loco fuerit, et cujus ipse parens appellatus sit, ea pervenerint. Extat constitutio Impp. Arcadii et Honorii in *C. Theod. tit. de pœn.* qua hic Eutropius in insulam. Cyprum, quo bonis publicatis et adempta dignitate relegatus erat, deportari jubetur.

7 "In Hispania duodecim e-»numerantur dignitates filium à »potestate patris liberantes, à »*l.* 7. usque ad 15. *tit.* 28. *P.* 4. »quas inter et Patriciatus digni-»tas, et cæteræ, de quibus Justi-»nianus in *d. nov.* 81. vel eis si-»miles recensentur.»

TEXTUS.

De captivitate et postliminio.

5 *Si ab hostibus captus fuerit parens, quamvis servus hostium fiat, tamen pendet jus liberorum propter jus postliminii: quia hi, qui ab hostibus capti sunt, si reversi fuerint, omnia pristina jura recipiunt: idcirco reversus etiam liberos habebit in potestate; quia postliminium fingit, eum, qui captus est, in civitate semper fuisse. Si vero ibi decesserit, exinde ex quo captus est pater, filius sui juris fuisse videtur. Ipse quoque filius neposve, si ab hostibus captus fue-*

rit, similiter dicimus, propter jus postliminii jus quoque potestatis parentis in suspenso esse. Dictum autem est postliminium à limine et post. Unde eum, qui ab hostibus captus est, et in fines nostros postea pervenit, postliminio reversum recte dicimus. Nam limina sicut in domo finem quendam faciunt; sic et imperii finem esse limen, veteres voluerunt. Hinc et limen dictum est quasi finis quidam et terminus. Ab eo postliminium dictum est, quia ad idem limen revertebatur quod amiserat. Sed et qui captus victis hostibus recuperatur, postliminio rediisse existimatur.

COMMENTARIUS.

1 (*Quamvis servus hostium fiat*). Constat, eos, qui ab hostibus capiuntur, jure belli servos hostium fieri, et consequenter desinere liberos habere in potestate. Verum Romani, quicumque ex suis capti essent, servorum numero apud se haberi non debere censuerunt; nihilque eorum cum effectu amittere, quæ alias per servitutem amitti solent. Cumque fieri possit, ut capti ad suos reverterentur; fieri item, ut apud hostes decederent; in utrumque eventum captis prospexerunt, in illum fictione juris postliminii, qua fingitur captos in civitate semper fuisse; in hunc fictione legis Corneliæ, qua fingitur captum decessisse ante captivitatem.

2 (*Omnia pristina jura recipiunt*). Puta civitatem, familiam, bona sive eorum dominium. Recte autem jura, *l.* 5. §. 1. *l.* 12. §. 1. *de cap. et postl. rev.* nam ea, quæ facti sunt, postliminio non continentur: qualis est, verbi causa, possessio: quæ idcirco interrupta captivitate non restituitur, *l.* 19. *ex quib. caus. maj. l.* 23. §. 1. *de acq. poss* Sicut autem postliminio reversus jura recipit, ita et in ipsum jura restituuntur, *l.* 6. *d. l.* 12. §. 6. *de capt.*

3 (*In civitate semper fuisse*). Non est levis momenti hæc fictio; nam inde est, quod, quæ filius medio tempore quæsivit, pater reversus tanquam sibi quæsita occupare possit jure peculii, etiam defuncto pridem filio, *l. pen. de suis et leg. hær.* inde quoque est, quod patre reverso denegatur actio creditori, à quo filius, dum pater apud hostes est, mutuam pecuniam accepit, quasi contra SC. credita sit, *l.* 1. §. 1. *de SC. Mac.* Denique hinc est quod Ulp. respondit, non posse ei, cujus pater in potestate hostium est, tutorem dari, *l.* 6. §. *ult. de tutel.* qui recte utique daretur, si filii interim pro iis, qui sui juris sunt, haberentur. Deportati et restituti patris alia ratio, *l. ult.* §. 1. *C. de sent. pass.*

4 (*Exinde ex quo captus est*). Hæc fictio est legis Corneliæ, *l.* 12. *qui testam. fac.* §. *ult. infr. quib. non est perm. fac. test.* eaque in omnibus partibus juris servatur, *l.* 18. *de capt.*

5 (*Ab hostibus recuperatur*). At jus postliminii nihil interest, quomodo captus revertatur, utrum dimissus, an vi, vel fallacia, aut victis postea hostibus; ita tamen,

si ea mente fuerit: ut illo non reverteretur, *l. 26. ff. de capt.* Et ideo Attilium Regulum, responsum est, non esse postliminio reversum, quia juraverat, Carthaginem se reversurum, *l. 5. §. 3. d. tit.* Grot. *lib. 3. de jur. bell. et pac. cap. 9.*

6 "Quod ad Hispaniam attinet, recole quæ diximus in §. 3. *de jur. person.*"

TEXTUS.

De emancipatione, item de modis et effectibus ejusdem.

6 *Præterea emancipatione quoque desinunt liberi in potestate parentum esse* (1). *Sed emancipatio antea quidem vel per antiquam legis observationem procedebat, quæ per imaginarias venditiones, et intercedentes manumissiones celebrabatur: vel ex imperiali rescripto. Nostra autem providentia etiam hoc in melius per constitutionem reformavit: ut fictione pristina explosa, recta via ad competentes Judices, vel Magistratus parentes intrent, et filios suos, vel filias, vel nepotes, vel neptes, ac deinceps à sua manu dimittant. Et tunc ex edicto Prætoris in bonis ejusmodi filii, vel filiæ, vel nepotis, vel neptis, qui quæve à parente manumissus vel manumissa fuerit, eadem jura præstantur parenti, quæ tribuuntur patrono in bonis liberti. Et præterea si impubes sit filius, vel filia, vel cæteri, ipse parens ex manumissione tutelam ejus nanciscitur* (2).

COMMENTARIUS.

1 Alius modus solvendæ patriæ potestatis *hic* proponitur, nempe emancipatio, quæ jure Justinianeo attento definiri ita potest: *Actus legitimus, quo liberi è manu patris apud competentem Judicem dimittuntur.* Eaque dicitur olim celebrata fuisse per imaginarias venditiones et intercedentes manumissiones. Hoc ut penitus intelligatur, sciendum est, lege Romuli cautum fuisse, et à Decemviris postea in quartam tabulam relatum, ut si pater filium ter, filiam autem, et cæteros liberos semel mancipasset, hoc est, vendidisset, manumissi postea ab emptore sui juris efficerentur: ille trina manumissione, hi unica. Ad cujus emancipationis imaginem postea institutum fuit, ut pater simulato et dicis causa, accepto uno nummo, filium ter, cæteros autem liberos semel venderet, contracta cum emptore fiducia, ut hic eum iterum patri remanciparet sive venderet, et à patre tandem manumissus filius, quasi patronatus jura patri tanquam manumissori servarentur.

2 (*Ex imperiali rescripto*). Hic modus emancipandi ab Imperatore Anastasio introductus est,

(1) *L. 15. titul. 18. Partita 4.*

(2) *L. 10. titul. 16. Part. 6. vers.* Otrosí.

qui etiam neglecta antiquæ emancipationis fabula, potestate ab Imperatore impetrata, ejusque rescripto apud Magistratum exhibito, liberos emancipari permisit, modo filius infante major consentiret; *l. pen. C. de emanc. lib.*

3 (*Etiam hoc in meliùs reformavit*). Nimirum quod Anastasius de precibus super emancipatione Principi offerendis, ejusque rescripto prius impetrando constituerat; ut jam ex *constitutione* Justiniani emancipatio etiam fiat sola professione patris apud competentem Judicem denuntiantis, se filium suo juri permittere. Extat constitutio in *l. ult. C. de emanc. lib.*

4 (*A sua manu dimittant*). Manumitti non tantum servi à domino, sed etiam filii et filiæfamilias à patre dicuntur, pro emancipari, *tit. si à par. quis man.* propterea quod jure antiquo in patris sui manu mancipioque erant, et venditi ac mancipati in servilem causam redigebantur, licet postea in imaginariam duntaxat, *l. 3. §. 1. de cap. min.* Hinc emancipatus à parente liberti exitum pati dicitur, et parens patroni personam sustinere, *l. 1. d. tit. si à par. quis man.*

5 (*Tutelam ejus nanciscitur*). Consequens erat, eum onus tutelæ subire, qui speraret successionem, *l. 1. de legit. tut.* (1). Agitur de hac tutela *infr. tit. 18.*

6 "In Hispania ut Judices "ordinarii filium emancipatum "declarare valeant, debent prius "certiorem facere Supremum Se"natum, instrumenta et causas "emancipationis exhibentes. Ali"ter facta emancipationis decla"ratio nulla erit, *senat, ley* 4. "*tit.* 5. *lib.* 10. *N. R.*"

TEXTUS.

Si alii emancipentur, alii retineantur in potestate.

7 *Admonendi autem sumus, liberum arbitrium esse ei, qui filium, et ex eo nepotem, vel neptem in potestate habet, filium quidem de potestate dimittere, nepotem vero, vel neptem retinere, et è converso filium quidem in potestate retinere, nepotem vero, vel neptem manumittere; vel omnes sui juris efficere. Eadem et de pronepote et pronepte dicta esse intelligantur.*

COMMENTARIUS.

1 Totus *hic locus* descriptus est ex *l. 28. de adopt.* Illud hic quæritur, ¿an ejus quoque, qui à parente manumittitur, voluntas spectanda sit: an vero etiam invitus emancipari possit? Et puto idem hic dicendum quod de eo dicitur, qui à patre in adoptionem datur, §. *seq. l. 24. de adopt.* nimirum necesse non esse, ut expresse consentiat. Cæterum non oportere eum dissentire aut contradicere (2), arg. *l. pen. in fin.*

(1) *L. 10. tit. 16. P. 6. vers.* E por ende.

(2) *L. 17. tit. 18. P. 4.*

C. de emancip. lib. nov. 89. *cap.* 11. Paulus quoque *lib.* 2. *sent.* 25. *in fin.* scribit, invitum filiumfamilias non emancipari. An autem et quando qui tacet consentire intelligatur, non est *hujus loci disputare.* Tractant tamen hanc quæstionem Jo. Fab. et Ang. et Myns. ad *hunc locum.*

2 "Jus Hispanum circa *hujus* "§. doctrinam pendet ab iis, quæ "in §. 3. *de patr. potest.* dicta "sunt. Et nota insuper filium mi"norem septem annis emancipa"ri non posse absque rescri"pto Principis, juxta *l.* 16. *tit.* "18. *P.* 4."

TEXTUS.

De adoptione.

8 *Sed et si pater filium, quem in potestate habet, avo vel proavo naturali secundum nostras constitutiones super his habitas in adoptionem dederit, id est, si hoc ipsum actis intervenientibus apud competentem Judicem manifestaverit, præsente eo, qui adoptatur, et non contradicente, necnon eo præsente, qui adoptat, solvitur quidem jus potestatis patris naturalis: transit autem in hujusmodi parentem adoptivum, in cujus persona et adoptionem esse plenissimam, antea diximus* (1).

COMMENTARIUS.

1 (*Avo vel proavo naturali*). Nam si extraneo in adoptionem datus sit, jura patris naturalis integra manent, *l. pen. C. de adopt.* §. 2 *supr. eod.* ubi dictum est.

2 (*Et non contradicente*). Hoc etiam paulo ante tetigi (2). *Locus* autem *hic* descriptus est ex *l. ult. C. de adopt* fac. *l.* 5. *ff. eod.*

3 (*Necnon eo præsente qui adoptat*). Absens adoptare non potest, *l.* 25. §. 1. *de adopt.* quia ut ait *ibi* Jurisconsultus, nemo per alium hujusmodi solemnitatem peragere potest.

4 Modus solvendi patriam potestatem *hic* traditus, potius est translatio, quam solutio, quia ita solvitur in patre naturali, ut eodem tempore nascatur in adoptivo.

TEXTUS.

De nepote nato post filium emancipatum.

9 *Illud scire oportet, quod si nurus tua ex filio tuo conceperit, et filium tuum emancipaveris, vel in adoptionem dederis, prægnante nuru tua; nihilominus quod ex ea nascitur, in potestate tua nascitur. Quod si post emancipationem, vel adoptionem conceptus fuerit, patris sui emancipati, vel avi adoptivi potestati subjicitur.*

COMMENTARIUS.

1 Nepos non ex nativitatis, sed ex conceptionis tempore fa-

(1) *L.* 10. *tit.* 16. *P.* 4.

(1) *L.* 1. *tit.* 16. *P.* 4.

miliam sortitur; quia ex eo tempore jam in rerum natura esse creditur, *l.* 7. *l. pen. de stat. hom.* Ulpian. *tit.* 5. §. 9. Sic et is qui conceptus est prius, quam pater senatu moveretur, Senatoris filius intelligitur, *l.* 7. §. 1. *de Senat.*

2 "Quod ad Hispaniam attinet, repete quæ notavimus §. 3. *de patr. potest.*"

TEXTUS.

An parentes cogi possunt liberos suos de potestate dimittere.

10 *Et quidem neque naturales liberi, neque adoptivi ullo pene modo possunt cogere parentes, de potestate sua eos dimittere* (1).

COMMENTARIUS.

1 Quemadmodum liberi, qui vel ab initio sui juris fuerunt, vel postea facti sunt, inviti in potestatem patris non rediguntur, *l. ult. de his qui sui vel alieni juris sunt*, *novell.* 89. *cap.* 11. ita nec vice versa à liberis in potestate constitutis cogi parentes possunt, ut eos à potestate sua dimittant, *l.* 31. *de adopt. l.* 4. *C. de emancip. liber.* (2) ex quo loco etiam ratio hujus juris peti potest.

2 (*Pene*). Ait *pene*, propterea quod aliquando audiuntur, qui emancipari desiderant, ut impubes, qui adoptatus est, pubes factus, *l.* 32. *de adopt.* Sed et alios, si justa causa sit, audiri æquum est; veluti si à patre ad turpitudinem adigantur, *l.* 12. *C. de episcop. aud.* aut male contra pietatem afficiantur, *l. ult. si à par. quis man.* Sed et is filium emancipare cogitur, qui legatum ea conditione sibi relictum agnovit, *l.* 92. *de condit. et demonstr.* (3). Et jure novissimo etiam de potestate patris exeunt liberi, si pater incestas et nefarias nuptias contraxerit, *nov.* 12. *cap.* 2. (4).

3 "In Hispania præter modos in *hoc titulo* recensitos, solvitur etiam patria potestas nuptiis benedictis filii, ita ut nuptiæ non sufficiant, nisi earum benedictio sequatur, secundum *legem* 3. *tit.* 5. *lib* 10. *N. Rec.* quæ est 47. *Tauri et ibi* Ant. Gomez, aliique. At Anton. à Torres in *suis institut.* §. 1. *hoc tit.* Martin. Gall. secutus vult benedictiones seu velationes nuptiarum non requiri, sed solum matrimonium rite contractum sufficere, nonnulla ex contraria sententia absurda inferens; quibus facile occurritur, si dicamus, casus ibi relatos fortuitos sive adventitios esse, qui non computantur, *l.* 6. *qui et à quib. manum.*"

(1) *L.* 17. *tit.* 18. *P.* 4.
(1) *D. l.* 17. *tit.* 18. *P.* 4.

(3) *L.* 18. *eod.*
(4) L. 6. *tit.* 18. *P.* 4.

TITULUS DECIMUSTERTIUS.

DE TUTELIS.

D. Tit. 1. *Lib.* 26. *et Novell.* 72. (1).

Ratio ordinis.

1 Hucusque dictum est de iis, qui sunt juris alieni, quæ prima pars est divisionis supra positæ *tit.* 8. Superest, ut ad eos nos conferamus, qui sui juris sunt; quos pars altera dictæ divisionis complectitur.

TEXTUS.

De personis sui juris.

Transeamus nunc ad aliam divisionem personarum. Nam ex his personis, quæ in potestate non sunt, quædam vel in tutela sunt, vel in curatione; quædam neutro jure tenentur. Videamus ergo de his, quæ in tutela, vel curatione sunt. Ita enim intelligimus cæteras personas, quæ neutro jure tenentur. Ac prius dispiciamus de his, quæ in tutela sunt.

COMMENTARIUS.

1 (*Nam ex his personis*). Eorum qui sui juris sunt, quidam sunt in tutela; alii in curatione; cæteri neutro jure tenentur: quæ posterioris partis illius, quam dixi, divisionis subdivisio est.

2 (*In potestate non sunt*). Patria sc. vel dominica, in qua qui sunt, non sui, sed alieni juris sunt: alioqui et tutela species quædam est potestatis (quod verbum et alia plura significat, *l. potestatis 215. de verb. signif.*) sed quæ ad statum et caput ejus, qui in tutela est, non pertinet, nec ad commodum tutoris comparata est, sicut patria et dominica ad patris et domini. Pupillus enim non in manu, aut familia tutoris, sed sui juris est; nec illi acquirit, sed sibi.

TEXUUS.

Tutelæ definitio.

1 *Est autem tutela* (*ut Servius definivit*) *vis ac potestas in capite libero ad tuendum eum, qui per ætatem se ipse defendere nequit, jure civili data ac permissa* (2).

(1) *Tit.* 16. *P.* 6.

(2) *L.* 1. *tit.* 17. *P.* 6.

COMMENTARIUS.

1 (*Vis ac potestas*). Ita et in *l. 1. pr. ff. eod.* Generis loco ponitur *vis ac potestas*, quæ duo frequenter conjunguntur, ut in *l. 17. de legib.* §. 3. *infra de interd.* et significant facultatem aut jus pro auctoritate quid faciendi statuendive; tum in persona pupilli, tum in rerum pupillarium administratione.

2 (*In capite libero*). Objectum tutelæ, et est vetus locutio, pro *in caput liberum*, ut in illo XII. Tabularum: *Si furiosus existat, agnatorum gentiliumque in eo pecuniaque ejus potestas esto.* Item in formula adrogationis apud A-gell. 5. *cap.* 19. *Utique ei vitæ necisque in eo potestas sit.* Caput autem liberum pro homine libero veteres dicebant, Cicero 4. *Verrin. Hic de capite libero judicabit*, Liv. *lib.* 31. *cap.* 21. *Libera capita sine pretio dimisit.* Hinc caput liberum facere apud Plaut. *Merc. act.* 7. *sc.*2. *vers.* 41. *seq.* pro manumittere. Sed et si volueris cum aliquibus, per caput liberum intelligere pupillum, liberum esse debere à dominica et à patria potestate, seu hominem sui juris, quia huic et non alii tutor dari potest, per me licet.

3 (*Ad tuendum eum*). Hæc verba finem tutelæ indicant, et simul officium tutoris: nam ut tutela pupillorum gratiâ constituta est, ita et ad utilitatem eorum tota referenda. Distinguunt itidem tutelam à patria potestate, quæ magis ipsius patris causa comparata est, sicut et dominica domini, cujusque vis non minus in coercendo, quam in tuendo filio posita est. Innuunt præterea, tutorem principaliter personæ dari, non certæ rei aut causæ (1), in quo differt à curatore, §. 4. *seq. tit.* junct. §. 2. *infra de cur.*

4 (*Qui per ætatem sc ipse defendere*). His verbis distinguitur tutela à curatione, quippe quæ comparata est eorum omnium causa, qui rebus suis ipsi superesse non possunt, licet propter aliam causam, quam ætatem; ut sunt furiosi, prodigi, mente capti, et qui perpetuo morbo laborant, §. 3. *et* 4. *infra de curat.*

5 (*Jure civili*). Clausula hæc ad definitionem necessaria non est: sed ideo adjecta, ne quis putet, hanc potestatem temere et pro arbitrio à quibusvis posse usurpari.

6 (*Data ac permissa*). Datur legitima, hoc est, legitimi tutores immediate sine facto testatoris, aut Magistratus à lege ad tutelam vocantur, *l.* 5. *in pr. et l.* 6. *de legit. tut.* Permittitur, quæ prius data est aut testamento, aut à Magistratu, illa lege XII. Tab. *l.* 1. *de test. tut.* hæc aliis legibus et constitutionibus, *infra de Attil. tut.*

(1) *D. l.* 1. *tit.* 16. *P.* 6.

TEXTUS.

Definitio et etymologia tutoris.

1 *Tutores autem sunt, qui*

eam vim ac potestatem habent, exque ipsa re nomen acceperunt. Itaque appellantur tutores, quasi tuitores, atque defensores, sicut Æditui dicuntur, qui ædes tuentur.

Textus iste planus est.

TEXTUS.

Quibus testamento tutor datur, et primum de liberis in potestate.

3 *Permissum est itaque parentibus, liberis impuberibus, quos in potestate habent, testamento tutores dare* (1). *Et hoc in filios filiasque procedit omnimodo: nepotibus vero neptibusque ita demum parentes possunt testamento tutores dare, si post mortem eorum in potestatem patris sui non sunt recasuri. Itaque si filius tuus mortis tuæ tempore in potestate tua sit, nepotes ex eo non poterunt ex testamento tutores habere, quamvis in potestate tua fuerint: scilicet, quia mortuo te, in potestatem patris sui recasuri sunt.*

COMMENTARIUS.

1 Species tutelæ tres sunt: testamentaria, legitima, et Attiliana sive dativa (2), quas nunc ordine persequitur; initio facto à testamentaria, quæ reliquis duabus potior est, *infr. tit.* 15. *in pr. l.* 9. §. 1. *in fin. de tut. et rat. dist.* sicut et in defferenda hæreditate potior causa est hæredum ex testamento, quam ab intestato *l.* 39. *de acq. hær. l.* 89. *de div. reg. jur.* Ait, permissum esse parentibus, liberis impuberibus, quos in potestate habent, testamento tutores dare, paucis verbis complectens et personam dantis, et ejus, cui datur, et formam dandi sive modum. In persona dantis exigit, ut sit parens: in persona eorum, quibus datur, ut sint liberi, aut impuberes, ut sint in potestate dantis (3): sunt et qui quartum requirunt: ut hæredes instituantur, contra expressum textum *l.* 4 *de test. tut.* et ejus veteris patriæ potestatis, arg. §. 4. *infra de pup. subst.* Requiritur autem ut sint sui hæredes, ut statim videbimus. In modo dandi, ut detur testamento. Testamento autem datus etiam is accipitur, qui codicillis testamento confirmatis scriptus est, *l.* 3. *de test. tut.*

2 (*In filios filiasque*) Lex XII. Tab. generali vocabulo liberorum usa est sine discrimine sexus aut gradus. Sive igitur fœminæ sint, quibus tutor datus est, sive masculi, sive filii, sive nepotes, quia hi omnes appellatione liberorum continentur, §. *ult. seq. tit.* valet datio. Cæterum in nepotibus non aliter procedit, quam si post mortem avi in potestatem patris sui non recidant: quippe tutorem habere non pot-

(1) *L.* 3. *tit.* 16. *P.* 6.
(2) *L.* 2. *eod.*

(3) *D. l.* 3. *eod.*

est qui est in potestate patris, *hoc tit. in pr.* Deinde nepos quandiu pater eum in familia præcedit, non est suus hæres avo, §. 2. *infra de hær. qual. et diff.* tutor autem dari non potest nisi suo hæredi, *l.* 73. §. 1. *de div. reg. jur.* Est tamen casus ubi tutor utiliter datur nepoti, cujus pater superstes est in potestate, *l.* 10. §. 2. *de test. tut.* ex vi scilicet legis Vellejæ, quam explicabimus *infra* §. 2. *de exhær. liber.*

3 "In Hispania cum, ut sæ„pe diximus, nepotes non sint „in potestate avi, non poterit hic, „ipso jure, eis testamento tuto„rem dare, adhuc eo casu, quo „ipsi avo necessarii hæredes fue„rint, mortuo nimirum eorum „patre, ipso avo vivente. Nam „cum potestatem in dante deside„ret, *l.* 3. *tit.* 16. *P.* 6. quæ in „hoc correcta non apparet, ea „omnino necessaria erit; cum non „amplius jure novo correctum in„telligatur, quam quod speciali„ter expressum est, cæteris, sub „veterum legum regulis, relictis, „*l.* 32. *C. de appell.* Frustra igi„tur in contrarium disputat Tor„res in §. 3. *hoc tit. vers. suis* „*hæredibus.* Vide *infra* §. 2. *de* „*hær. qual. et diff.*"

TEXTUS.

De posthumis.

4 *Cum autem in compluribus aliis causis posthumi pro jam natis habeantur, et in hac causa placuit non minus posthumis, quam jam natis tutores dari posse; si modo in ea causa sint, ut, si vivis parentibus nascerentur, sui hæredes, et in potestate eorum fierent* (1).

COMMENTARIUS.

1 Quod de tutore liberis jam natis dando dictum est, id *hic* etiam ad posthumos producitur, hoc est, ad eos, qui tempore facti testamenti adhuc in utero sunt. Et ait Imp. etiam his testamento tutores dari posse, hac ratione, quia qui in utero sunt, plerisque juris articulis pro jam natis habentur: nempe quoties de commodo eorum quæritur (2), ut in casu proposito, *l.* 7. *et l. pen. de stat. hom.*

2 (*Sui hæredes, et in potestate*). Nempe quemadmodum nemo liberis jam natis tutorem dare potest, nisi quos in potestate, et in suis hæredibus cum moritur habet; ita nec posthumis potest, nisi iis, qui, si vivo parente nascerentur, sui hæredes, et in potestate ejus futuri essent. Utrumque Q. Mucius paucis complectitur. *Nemo*, inquit, *potest tutorem dare cuiquam, nisi ei, quem in suis hæredibus cum moritur habuit, habiturusve esset, si vixisset, l.* 73. §. 1. *de div. reg. jur.*

TEXTUS.

De emancipatis.

5 *Sed et si emancipato filio*

(1) *L.* 3. *tit.* 16, *P.* 6. *vers.* Eso puede.

(2) *L.* 2. *tit.* 23. *P.* 4.

tutor à patre datus fuerit testamento, confirmandus est ex sententia Præsidis omnimodo, id est, sine inquisitione.

COMMENTARIUS.

1 (*Emancipato filio*). Diximus *tit. præced.* §. 6. liberos per emancipationem potestate patris sui liberari (1), quamobrem pater non jure, neque ex præscripto legis XII. Tab. tutorem dat filio emancipato: sed tamen, qui ita non jure datus est, confirmatur auctoritate Magistratus, et quidem simpliciter sive omnimodo, ut *hic* loquitur Justinianus, id est, sine inquisitione, sine idoneus, necne. Locus postulat, ut de confirmandis tutoribus paulo, quam *hic* factum est, disseramus accuratius.

2 An tutor jure datus sit, ex hisce tribus potissimum æstimatur; ex persona dantis, si parens est; ex persona eorum, quibus datur, si sint liberi, impuberes, et in potestate dantis; ex modo dandi, si detur testamento, aut codicillis testamento confirmatis §. 3. *supr. eod.* Quapropter si quis alius, quam parens tutorem dederit: aut parens quidem, sed dederit liberis licet impuberibus, qui in ejus potestate non sunt; aut non dederit testamento, sive codicillis testamento confirmatis; datio ipso jure non valet. Cæterum cum reverentiæ, tum affectui eorum, qui in puberibus non legitime tutores dederunt, tributum est, ut quod deficit, à Magistratu repleatur, datique confirmentur, *l.* 1. §. 1. *de conf. tut.* (2).

3 Confirmatio autem hæc non est unius modi. Interest enim, an pater tutorem non jure dederit, an quis alius præter patrem. Judicio patris hoc datum, ut si is, aut non jure testamento, aut codicillis non confirmatis, aut quocumque modo filio emancipato tutorem dederit, scriptus tutor simpliciter confirmandus sit, hoc est, sine inquisitione, et satisdatione ei remissa, *hoc text. l.* 1. §. 2. *l.* 3. *l.* 6. *de confirm. tut.* nisi quod ex causa nonnumquam inquisitio fiat, ut in casibus, *l.* 8. *et* 2. *seqq. d. tit. l.* 4. *de test. tut. l.* 3. §. 3. *de adm. tut.* et quod in naturalibus liberis distinguitur, utrum pater, qui tutorem dedit aliquid iis reliquerit, an nihil, *l.* 7. *de confirm. tut. l. ult. C. eod.* Quod si alius quam pater tutorem dederit, sive mater sit, sive patronus, sive extraneus quis, non aliter hic tutor confirmatur, quam si et hæres impubes institutus sit, *l.* 4. *de test. tut. l.* 4. *de confirm. tut.* (3). Quæ etiam ratio est, cur datio sustineatur, *d. l.* 4. *de confirm. tut.* et inquisitio præcesserit, *l.* 2. *l.* 5. *d. tit.* Hoc interest, quod à matre datus satisdatione non oneratur, sed ab ipso Prætore ex inquisitione confirmatur, *l.* 2. *de confirm. tut.* Cæteri fere remitti solent ad Magistratus municipales confirmandi,

(1) *L.* 15. *tit.* 18. *P.* 4.
(2) *L.* 8. *tit.* 16. *P.* 6.

(3) *D. l.* 8. *vers.* Otrosí, *et l.* 6. *eod.*

præstita satisdatione, *l.* 5. *d. tit.*

4 Quod autem diximus, à matre datum tutorem non aliter confirmari, quam si hæredem filium instituerit, ei obstat *l.* 4. *C. de testam. tut.* ubi et liberis non institutis à matre datum confirmari solere rescriptum est. Respondent nonnulli, hoc fieri solitum, non ex juris aliqua constitutione, sed ex usu; quod non placet. Nam retenta lectione negativa, hæc erit *rescripti* sententia: quod tutor à matre liberis institutis testamento datus, recte datus intelligatur, nec egeat confirmatione: secus, si non institutis, id est, præteritis, aut exhæredatis dederit; quod aperte falsum est. Tollenda omnino in *d. l.* 4. negatio cum Cujacio et Fabroto, ex illis verbis: *Quando autem eos hæredes* (*non instituerit*); quomodo, detracta scilicet negatione, et in quibusdam codicibus legi, testatur Pacius: ita omnia et inter se et cum ratione juris optime convenient. Ne quis ex eo, quod simpliciter dixerat Imperator, non posse matrem filiis testamento tutorem dare, nisi eos hæredes instituerit, putaret, cum eos hæredes instituerit, dationem sustineri ipso jure; mox quomodo hoc, quod dixerat, intelligendum sit declarat: nempe, etsi ne tunc quidem cum liberis institutis mater tutorem dat, ipso jure datio valeat, datum tamen á Præsidibus confirmari solere. Et si bene quoque se habent illa sequentia: *Nullo vero ex his interveniente etc.* nempe si aut mater non instituto filio tutorem dederit, aut instituto datus non sit confirmatus. Pater vero etiam filio exhæredato jure tutorem dat, *l.* 4. *l.* 26. §. 2. *l.* 31. *de test. tut.* quoniam tam exhæredatio jure patriæ potestatis fit, quam delegatur tutela.

5 Porro tutores ita confirmati sub eodem genere [illegible] testamentariis comprehe[illegible] possunt. Primum quia perinde confirmati dicuntur, ac si ex testamento tutores essent, *l.* 3. *de conf. tut.* nisi quod à matre, aut ab extraneo dati ex inquisitione confirmentur, quod naturam tutoris non mutat, arg. *l.* 4. *et seq. eod.* Deinde quia confirmatio non pendet à voluntate et sola potestate confirmantis, sed magis in necessitate juris posita est: tenetur enim Prætor datum confirmare (1) et judicium defuncti, cujus proinde potissima ratio habetur, in confirmando sequi, *l.* 1. §. 1. *eod. l.* 32. *de excus.* Unde apparet, etiam antequam confirmentur, pro testamentariis quadantenus haberi, ut legitimis præferantur: et male raciocinari eos, qui ob id, quod is, qui confirmat, aliquando dare censetur, per *l.* 130. *de verb. sign.* tutorem confirmatum pro dativo potius, quam testamentario habendum existimant; confundentes confirmationem necessariam cum ea, quæ tota pendet ab arbitrio et voluntate confirmantis. Denique testamentarius curator diserte appellatur qui te-

(1) *L.* 6. *et* 8. *tit.* 16.

stamento datus confirmatus est, *l. 7. rem pup. salv. fore.* Plane non omnes hujus tutelæ species æque prope ad testamentariam accedunt: nec repugno, si quis mixtam dici malit.

6 "In Hispania Judex confirmare tenetur tutorem pupillo datum à patre naturali, matre, extaaneove qui ipsum pupillum hæredem instituerint, *ll. 6. et 8. tit. 16. P. 6.* quæ nullam satisdationis neque inquisitionis mentionem faciunt. Et in dato à matre addit *ead. l. 6.* posse Judicem eum confirmare, si mater pupillum hæredem non fecerit, ei tamen alia via aliquid reliquerit."

TITULUS DECIMUSQUARTUS.

QUI TESTAMENT. TUTORES DARI POSSUNT.

D. Lib. 26. Tit. 2. Cod. Lib. 5. Tit. 28. (1).

Continuatio et Argumentum tituli.

1 *Superiore titulo* dictum est de his, qui testamento tutores dare, et quibus possunt: quæ quidem sola spectantur, sed tunc tantum, cum is, qui datus est, et tutor esse possit; de quo nunc deinceps disputatur; et simul de modis testamento tutores dandi; deque intellectu atque interpretatione nonnullorum verborum, quibus testator in dando tutore usus sit.

TEXTUS.

De filiofamilias.

Dari autem tutor potest testamento non solum paterfamilias, sed etiam filiusfamilias.

COMMENTARIUS.

1 (*Sed etiam filiusfam.*) Idque non testamento solum, sed etiam à Magistratu, *l. 7. de tutel.* Nec obstat, quod filiusfam. in potestate patris esset: nam tutela munus est publicum, *infr. de excus. in pr.* In publicis autem causis filiusfam. non sequitur jus patris, sed pro patrefam. habetur, *l. 9. de his qui sui vel al. jur. sunt, l. 14. ad sen. Treb.* (2). At enim qui est in aliena potestate, alium in potestate habe-

(1) *Tit. 16. P. 6.*

(2) *Arg. l. 7. tit. 2. lib. 10. Nov. Recop.*

re non potest, *l.* 21. *ad leg. Jul. de adult.* Verum hoc est, sed de eodem genere potestatis accipiendum.

TEXTUS.

De sèrvo.

1 *Sed et servus proprius testamento cum libertate recte tutor dari potest. Sed sciendum est et sine libertate tutorem datum tacite libertatem directam accepisse videri, et per hoc recte tutorem esse* (1). *Plane si per errorem, quasi liber tutor datus sit, aliud dicendum est. Servus autem alienus pure inutiliter testamento datur tutor* (2). *Sed ita*, cum liber erit, *utiliter datur. Proprius autem servus inutiliter eo modo tutor datur.*

COMMENTARIUS.

1 Non solum liberi homines testamento tutores dari possunt, sed etiam servi; quia et cum servis testamenti factio est, quatenus tutores dati libertatem, et liberi facti tutelam consequuntur. Disputatur autem *hoc text.* de triplici forma mandandæ servis tutelæ, tum propriis, tum alienis. Prima hæc est: *Davus tutor et liber esto*; secunda: *Davus tutor esto*; tertia: *Davus tutor esto, cum liber erit.* De prima specie in servo proprio nulla est controversia: in alieno favor pupilli et publicæ utilitati libertatem fideicommissariam servo defendit, ut nimirum hæres eum à domino emat et manumittat, *l.* 10. *in fin. de test. tut.* De secunda, quod quidem attinet ad servum proprium, Justinianus hunc directam libertatem tacite accepisse scribit, ac per hoc recte tutorem esse: quod et Paulus non obscure indicat *l. quæro* 32. *in fin. d. tit.* cum dicit, hoc ipso, quod à Domino tutor datus est, libertatem quoque meruisse videri, eamque sibi vindicare posse, et ab adita hæreditate liberum esse. Neque obstat *l.* 9. *C. de fideic. hær.* quia accipienda est de eo casu quo tutor datus est codicillis, seu verbis precariis. Tertia in alieno servo utilis, in proprio inanis et ludicra judicantur, tanquam si quis diceret: hæc res tibi empta sit, si voluero.

2 (*Directam*). Directa libertas dicitur: *Quæ recta ex testamento ad servum transit sine alterius facto aut opera*, §. 2. *infr. de sign. reb. per fid.*

3 «In Hispania *lex* 7. *titu-* »*lo* 16. *P.* 6. generaliter statuit »servum alienum inutiliter tuto- »rem dari.»

TEXTUS.

De furioso et minore 25. annis.

2 *Furiosus vel minor viginti quinque annis tutor testamento datus, tutor tunc erit, cum compos mentis, aut major viginti quinque annis fuerit factus.*

(1) *L.* 7. *tit.* 16. *P.* 6.

(2) *D. l.* 7. *d. tit.* 16. *P.* 6.

COMMENTARIUS.

1 Tutores testamento dari possunt, non solum qui tempore facti testamenti jam idonei sunt ad tutelam administrandam, verum etiam qui eo tempore idonei non sunt, modo tales sint, ut natura postea idonei fieri possint, quales sunt furiosi, et minores 25. annis: et cum idonei fuerint, tutelam capessent, *l.* 10. §. 3. *l.* 32. §. *ult. de testam. tut.*

2 "In Hispania quamvis *l.* 4. »*tit.* 16. *P.* 6. generaliter prohi»beat tutorem dari minorem 25. »annis: tamen Gregor. Lopez »in *glos.* 5. *ejusd. l.* existimat, »prohibitionem ad tutorem te»stamento datum non pertinere; »sed ita dari posse secundum ju»ris Romani placita: quam sen»tentiam manifesto probat, *l.* 7. »*d. tit.* 16.

TEXTUS.

Quibus modis tutores dantur.

3 *Ad certum tempus, vel ex certo tempore, vel sub conditione, vel ante hæredis institutionem posse dari tutorem non dubitatur* (1).

COMMENTARIUS.

1 Etiam in modo testamento tutores dandi placet testatoris voluntatem servari. Sciamus tamen ea, quæ de servis, furiosis, minoribus 25. annis tutoribus datis, itemque de tutore tempori aut conditioni astringendo dicta sunt, omnia propria esse tutelæ testamentariæ (2), atque ex interpretatione verborum legis XII. Tab. *Uti quisque legassit ect.* patri permissa. Non eadem libertas Magistratibus data. Nam hi sub conditione tutorem dare vetantur, *l.* 6. §. 1. *de tutel.* Quamobrem nec servus, nec furiosus, nec minor recte ab iis tutor dabitur, sive sub conditione expressa, *servus cum liber erit ect.* sive simpliciter et pure: nam et tunc eadem conditio perinde inesse creditur, atque si expressa esset, *l.* 10. §. *pen. et ult. de test. tut.* ¿Cur tam varie? Nimirum quia ab officio Judicis aut Magistratus alienum est actus suos suspendere, atque imperfectos relinquere. Ideo enim aditur, ut in præsenti nobis officium, atque auctoritatem suam, qua opus est, impertiatur. Aliam insuper rationem afferunt vulgo DD. quod tutore à patre sub conditione dato, Magistratus sit, pendente conditione, pupillo prospicere; at si à Magistratu tutor sub conditione daretur, neminem adiri posse, qui, pendente conditione, pupillo consulat. In eo autem Gloss. et DD. in *d. l.* 6. §. 1. errare existimo, quod putant, etiam Magistratum sub tacita conditione tutorem dare posse, per *l.* 11. *de test. tut.* quippe quæ de tutela testamenta-

(1) *L.* 8. *tit.* 16. *P.* 6. *in fin.*

(2) *D. l.* 8.

tia omnino accipienda est, ut et Bart. eam accepit. Plane usque ad conditionem, sub qua tutor testamento datus est, à Magistratu interim alium tutorem dari posse non ambigitur, §. 1. *inf. de Atil. tut. d. l.* 11. *in pr.*

TEXTUS.

Cui dantur.

4 *Certæ autem rei vel causæ tutor dari non potest: quia personæ, non causæ vel rei tutor datur* (1).

COMMENTARIUS.

1 (*Certæ rei vel causæ*). Veluti Mævius, quia mercaturæ peritus est, tabernæ pupilli tutor esto: quia juris et consuetudinis forensis, lites et controversias persequatur; et si ita fuerit datus, tota datio nihil valebit, nec deductis rebus *l.* 12. *et seqq. de test. tut.* Aliud juris est dum quis certæ rei hæres scribitur, cujus institutio detracta rei mentione valet, *l.* 1. §. 4. *de hær. inst.* sed de hoc plura dicémus §. 5. *de hær. inst.*

2 (*Quia personæ*). Datur enim tutor ad tuendum pupillum, §. 1. *super tit.* Non obstat. *l.* 12. §. 3. *de adm. tut.* Aliud enim est certæ rei tutorem dare, aliud rebus pupilli omnibus tutorem datum præpositum intelligi. Nam cum personæ pupilli tutor detur, per consequentiam etiam rebus ejus dari intelligitur, quæ conditionem personæ sequuntur. Et vero si personæ pupilli consulendum est, necesse est, ut non tantum personæ et moribus pupilli, sed etiam rebus ejus tutor præponatur, *d. l.* 12. *de test. tut. d. l.* 12. §. 3. *de adm. tut.* Atque in hoc præcipue differt tutor á curatore. qui rebus minoris principaliter datur, *l.* 8. *C. de nupt.* et ad unum certumque negotium recte decernitur, §. 2. *infr. de curat. l.* 7. *de tut. dat.* Plane si tanto locorum intervallo disjunctum sit patrimonium, ut difficulter ab uno administrari queat, pupilli favore receptum est, ut rebus ita disjunctis, puta rei Africanæ, aut Syriacæ, tutor dari possit, *l.* 15. *de test. tut.* quo támen casu singuli tutores in solidum dari intelliguntur, nec tam tutela dividi, quam administratio.

3 Una sane superioris regulæ exceptio videtur, quod in puberi ad hæreditatem adeundam, ut tutor detur ex causa permissum est, *l.* 9. *de tut. dat. l.* 10. *de test. tut.* Mater quoque dicitur potius in rem, quam in personam tutorem dare videri, *l.* 4. *de testam. tut.* quasi nec verus tutor sit, qui ab eo datus est, qui jus dandi tutorem ex lege non habet: vel potius quia non aliter confirmatur quam si pupillum hæredem fecerit, *d. l.* 4.

(1) *L.* 1. *tit.* 16. *P.* 6. *in fine.*

TEXTUS.

De tutore dato filiabus, vel filiis, vel liberis, vel nepotibus.

5 *Si quis* filiabus suis: *vel* filiis *tutores dederit, etiam posthumæ, vel posthumo dedisse videtur: quia filii vel filiæ appellatione et posthumus et posthuma continentur. Quod si nepotes sint, ¿an appellatione filiorum et ipsis tutores dati sint? Dicendum est, ut et ipsis quoque dati videantur, si modo* liberos *dixerit. Cæterum si* filios; *non continebuntur. Aliter enim filii, aliter nepotes appellantur. Plane si* posthumis *dederit, tam filii posthumi, quam cæteri liberi continebuntur.*

COMMENTARIUS.

1 Voluntatis quæstio est cum quæritur, qui liberi appellatione filiorum, liberorum, posthumorum contineantur. Et de liberis, ut inde incipiam, nulla dubitatio est, quin ea appellatione omnes, qui ex nobis descendunt, contineantur: sive filii sint, sive nepotes, aut deinceps, sive jam nati, sive adhuc nascituri, *l. liberorum* 220. *de verb. sign.*

2 De filiis duo *hic* quæruntur; unum est, an eorum appellatione etiam posthumi contineantur: alterum an et nepotes. De primo ait: *Si quis* filiabus suis, *vel* filiis *tutores dederit, etiam posthumæ, vel posthumo dedisse videtur: quia filii vel filiæ appellatione et posthumus et posthuma continentur*; quod et Ulp. respondet, *l.* 5. *d. tit.* Cui tamen loco obstare videtur quod idem Ulp. scribit, *l.* 17. *in pr. de legat.* 1. eum, qui filiabus legavit, non intelligi posthumæ legasse, nisi et mentionem aliqua parte testamenti posthumæ fecerit. Sed hæc minime repugnant. Tutor enim datur jure potestatis ut filiis et liberis; posthumi autem æque filii et liberi sunt, ac cæteri. Legata vero liberis non ut liberis relinquuntur, sed ex singulari affectione erga certos: quæ affectio in proposito erga posthumam non præsumitur; ita fere Ang. *hic* post Gloss. in *d. l.* 17.

3 Alterum est, utrum filiorum appellatione etiam nepotes veniant. Et ait, non venire. Quia aliud sit filius, aliud nepos, filius enim est, qui ex me et uxore mea natus est; nepos qui ex filio meo: hoc idem et Ulp. *d. l.* 6. ¿Quid ergo est quod legimus in *l. filii* 84. *l. liberorum* 220. *de verb. sign.* filiorum appellatione etiam nepotes cæterosque, qui ex nobis descendunt, contineri? Nimirum ubi justa interpretatio id suadet, *l. justa* 201. *eod. tit.* Nam nec à proprietate verborum aliter recedendum est, *l. non aliter* 69. *de legat.* 3. exempla suppeditant *l.* 59. *ac rit. nupt. l.* 2. §. *filiis* 28. *ad sen. Tert. l.* 14. *de sen. Mac.* Et fingamus in proposito, testatorem filios non habere, sed nepotes tantum: aut finge, nepotes solos esse in puberes; dubitandum non est, quin filiorum nomine nepo-

tes intellexerit, ne nihil egisse videatur: quod nemo velle censetur. At si filios testator habeat impuberes, nulla justa causa est, cur recedamus à proprietate sermonis, dicamusque, filiorum appellatione et nepotes eum complecti voluisse. Nam nepotibus fortasse magis expediet peculiarem tutorem habere; legitimum vel dativum, quam eum, qui à parente datus est, qui filiorum tutela satis sit implicitus atque occupatus. Cui adde, quod *hic* agitur de gravando extraneo, cujus intersit, ne nimium oneretur. Illud *hic* omissum est, an appellatione filiorum etiam filiæ contineantur. Responsum est, contineri, *l.* 16. *in pr. de test. tut.* quippe in toto jure pronuntiatio sermonis in sexu masculino ad utrumque sexum porrigitur, *l.* 1. *l. pronuntiatio* 195 *de verb. sign.*

4 De posthumis est in vers. *Plane si posthumis.*

TITULUS DECIMUSQUINTUS.

DE LEGITIMA AGNATORUM TUTELA.

D. Lib. 26. *Tit.* 4. *Cod. Lib.* 5. *Tit.* 30. (1).

Ratio ordinis, et argumentum tituli.

1 Testamentariam tutelam excipit legitima. Ea est: *Quæ lege defertur iis fere, qui ad legitimam hæreditatem impuberis vocantur.* Species hujus tutelæ quatuor: *Agnatorum*, *patronorum*, *parentum*, et *fiduciaria*; quarum duæ priores proprie sunt legitimæ, *l.* 1. *hoc tit.* sequentes duæ non ita. Singulæ singulis titulis *hic* explicantur: in *D.* et *C.* omnes uno. *Hoc* autem *titulo* exponitur species prima, quam agnatorum esse diximus.

(1) *Tit.* 16. *P.* 6.

TEXTUS.

Summa.

Quibus autem testamento tutor datus non est, his ex lege XII. Tabularum agnati sunt tutores, qui vocantur legitimi.

COMMENTARIUS.

1 (*Quibus testamento*). Semper enim legitimi tutores, ut *supra* quoque dictum est, cedunt testamentariis, *l.* 11. *de*

test. tut. sicut et legitimi hæredes iis, qui ex testamento vocantur, *l.* 39. *de acq. hær.* Et vulgo dici solet, provisio hominis facit cessare provisionem legis, per *l. ult. C. de pact.*

2 (*Ex lege XII. Tabul. agnati sunt tutores*). Lex XII. Tab. et ad hæreditatem legitimam vocavit agnatos, atque iisdem etiam tutelam legitimam detulit. Idque summa providentia à lege constitutum esse, Ulp. scribit, ut qui sperarent successionem, iidem tuerentur bona, ne dilapidarentur: *d. l.* 1. *hoc tit.* (1). Lege autem Solonis non deferebatur agnatis, nisi remotioribus, Laert. in *Solone*, contraria nempe ratione, quod fere quisque conetur, eum, quem proximus hæres insequitur, expungere, ut ait Pers. Sed hunc scrupulum neglexerunt Romani. Hæc autem tutelæ species ea est, quæ à Servio dicitur jure civili data, *l.* 1. *de tutel.* Etenim legitimos tutores nemo dat, sed lex eos tutores facit, *l.* 5. *hoc tit.*

TEXTUS.

Qui sunt agnati.

1 *Sunt autem agnati, cognati per virilis sexus cognationem conjuncti, quasi à patre cognati: veluti frater ex eodem patre natus, fratris filius; neposve ex eo, item patruus; et patrui filius; neposve ex eo. At qui per fœminini sexus personas cognatione junguntur, agnati non sunt, sed alias naturali jure cognati* (2). *Itaque amitæ tuæ filius non est tibi agnatus, sed cognatus; et invicem tu illi eodem jure conjungeris, quia qui ex ea nascuntur, patris, non matris familiam sequuntur.*

COMMENTARIUS.

1 (*Per virilis sexus*). Agnati dicuntur: *Qui per virilis sexus personas cognatione juncti sunt, l.* 7. *hoc tit.* §. 1. *infra de leg. agnat. success.* modo non sint capite minuti, et sint in familia, §. *ult. infr. eod.* Nihil autem refert, an natura quæsita sit agnatio, an adoptione, *l.* 2. §. 3. *de suis et leg.*

2 (*Naturali jure cognati*). Cognationis nomen per se generale est; siquidem cognati dicuntur omnes, qui vel jure sanguinis, vel jure adoptionis nos contingunt; proinde et agnati. At idem nomen oppositum agnationi ad speciem cognationis contrahitur, quæ per fœminas copulatur, *l.* 4. §. 2. *l. ult.* §. 1. *et* 2. *de grad. et affin.* Idem hic plane accidit, quod in nomine adoptionis notavimus §. 1. *supr. de adopt.*

TEXTUS.

Qui dicatur intestatus.

2 *Quod autem lex XII. Tabularum ab intestato vocat ad*

(2) *L.* 10. *tit.* 16. *P.* 6. *vers.* E por ende. *Reg.* 29. *tit. ult. P.* 7.

(2) *Senat.* 5. *tit.* 17. *lib.* 10. *Nov. Recop.*

tutelam agnatos, non hanc habet significationem, si omnino non fecerit testamentum is, qui poterat tutores dare: sed si quantum ad tutelam pertinet, intestatus decesserit; quod tunc quoque accidere intelligitur, cum is, qui datus est tutor, vivo testatore decesserit (1).

COMMENTARIUS.

1 (*Quantum ad tutelam*). Nam ad hæreditatem quod attinet, nemo intestatus decessisse intelligitur, qui testamento facto, unde hæres postea extitit, decessit: quia quoad eam nemo potest decedere pro parte testatus, et pro parte intestatus, ut postea videbimus.

2 (*Vivo testatore*) Exempli causa positum arbitror. ¿Quid enim si post mortem testatoris ante cœptam tutelam decesserit? Sane non minus hoc quam illo casu recte dicitur paterfam. quoad tutelam intestatus decessisse. Sed etsi tutor testamento datus post cœptam tutelam decesserit, vel in civitate esse desierit, nihilominus ad legitimum tutela redit, *l. 6. hoc tit. l.* 11. §. *pen. et ult. de test. tut.* Unde vel magis dicendum est, si ad certam conditionem vel ad certum tempus datus sit, existente conditione aut finito tempore ad legitimos tutelam reverti: quasi qui dedit pro parte intestatus, quod ad tutelam pertinet, decesserit. Plane si tutor testamento datus postea excusatus sit, aut remotus, placet non legitimum succedere, sed in locum ejus alium à Magistratu dari, *d. l.* 11. §. 1. *et* 2. Diversi hujus juris non alia ratio occurrit, quam quod illis modis ipso jure tutela finitur, et plane extinguitur: excusatione autem et remotione non item, sed interventu Magistratus, quasi ipso jure perinde quodammodo habeatur, ac si excusati ac remoti adhuc tutores essent.

3 Heinec. hæc non distinguens erravit dum dixit in *recitat. tit. de Atil. tut.* §. 234. locum esse tutelæ dativæ non solum quando testamentaria suspenditur, sed etiam quando finitur, si tutor testamentarius moriatur, aut capite deminuatur. Laudat in sui erroris probationem §§. 1. *et* 2. *Inst. de Atil. tut.* et *l.* 11. *in pr. de testam. tutela*, qui textus duntaxat loquuntur de tutela suspensa, ut ipsi clarissime ostendunt. Si legisset in integram, *d. l.* 11. quæ tota de hoc argumento loquitur, et longa non est, vidisset §. 3. *ejusdem*, aperte excludere errorem suum, sic enim loquitur in eo Ulp. *Quod si tutor testamento datus decesserit, ad legitimum tutela redit: quia hic senatusconsultum cessat.* Eademque est aperta sententia Pauli in *l. 6. de legit. tutor. Plane si duo pluresve fuerint tutores testamentarii*, prosequitur Ulp. in §. 4. *d. l.* 11. *in locum ejus qui decessit*, vel *in civitate esse de-*

(1) *L. 9. tit. 16. P. 6. in pr.*

siit, poterit dari alius: cæterum si nullus supersit, vel *in civitate sit, legitima tutela succedit.* Hunc casum Heinec. non novit, quia credimus eum non legisse, *d.* §. 4. sicut nec legerat §. 3. *ejusd. l.* 11. Nos non ita festinanter agentes eum exposuimus in *nostro Digesto lib.* 26. *n.* 2.

TEXTUS.

Quibus modis agnatio vel cognatio finitur.

3 *Sed agnationis quidem jus omnibus modis capitis deminutione plerumque perimitur; nam agnatio juris civilis nomen est: cognationis vero jus non omnibus modis commutatur; quia civilis ratio civilia quidem jura corrumpere potest, naturalia vero non utique* (1).

COMMENTARIUS.

1 Novissimo jure cum in totum sublata sit agnationis et cognationis hac in parte differentia, pariterque cognati cum agnatis ad legitimam tum hæreditatem tum tutelam vocentur, *nov.* 118. *c.* 4. *et* 5. (2); consequens omnino est, legitimam tutelam minima capitis deminutione non amplius tolli, quia agnati post eam, cognati permanent.

TITULUS DECIMUSSEXTUS.

DE CAPITIS DEMINUTIONE.

D. Lib. 4. *Tit.* 5. (3).

Continuatio et summa tituli.

1 In *π.*[a] *hic locus* inter restitutiones in integrum tractatur *lib.* 4. *tit.* 5. Justinianus autem cum in §. *ult. super. tit.* docuisset, jus agnationis, ac proinde, et tutelam legitimam quovis genere capitis deminutionis perimi; inde occasionem arripuit de ea re plenius separatim disputandi, quod facit *hoc tit.*

TEXTUS.

Definitio et divisio.

Est autem capitis deminutio

(1) *Regul.* 34. *tit. ultim. P.* 7. *tit.* 16. *P.* 6.
(2) *L.* 6. *tit.* 13. *P.* 6. *l.* 9.
(3) *L.* 18. *tit.* 1. *P.* 6.

prioris status mutatio, eaque tribus modis accidit. Nam aut maxima est capitis deminutio, aut minor (quam quidam mediam vocant), aut minima (1).

COMMENTARIUS.

1 (*Capitis deminutio*). Verbi *capitis* varia est et multiplex acceptio, ut videre est apud Hotomanum et alios in *Lexic. Hic* significat personam locum aliquem ordine civium proprio obtinentem; quæ locum cum amittit, capite minui dicitur. Putatque Hotomanus, ad personam translatum esse, quod de ipso ordine proprie loquendo dici debeat; ut ecce: cum quis deportatur aut emancipatur, ordo civium aut agnatorum capite uno minuitur. Vocabulum hoc è censibus Rom. profluxisse, ostendit Hein. in *antiq. Rom. hoc tit.* Et sane semper fere veteres ita loquuntur: *Censa sunt capita civium* 260000. Exempla passim apud Livium. Quoties itaque civis statum mutabat, nomen ejus é tabulis censualibus erat expungendum, adeoque civitas capite minuebatur, vel eximebatur caput de civitate, *l. 2. de publ. judic.* Hinc *caput* pro statu et *capitis deminutio* pro status mutatione dici cœpit.

2 (*Status mutatio*). *L. 1. hoc tit. l. 2. de in int. rest. Status* quoque vocabulum multa significat: sed in hoc tractatu accipitur duntaxat pro eo jure, quod singuli in civitate habemus, nimirum libertatem, civitatem, familiam; quæ tria scite Chremes apud Terentium in *Eunucho, act. 4. sc. 7. vers. 35. seq.* his verbis complectitur: *Dico eam esse liberam, civem Atticam, meam sororem.*

3 (*Tribus modis*). Tot enim necesse est sint genera capitis minutionis, quot sunt quæ in persona cujusque civis considerantur, quorumque non amisso, status ejus commutatur, *l. ult. hoc tit.* Qui duo tantum genera faciunt, magnam et minorem, appellatione magnæ maximam et mediam quæ *hic* etiam minor dicitur, comprehendunt; quod facit Ulp. *l. 1. §. 4. de suis et legit. l. 1. §. 8. ad SC. Tertyl.* item Callistratus *l. 5. §. ult. de extraord. cognit.*

TEXTUS.

De maxima capitis deminutione.

1 *Maxima capitis deminutio est, cum aliquis simul et civitatem et libertatem amittit: quod accidit his, qui servi pœnæ efficiuntur atrocitate sententiæ: vel libertis, ut ingratis erga patronos condemnatis: vel his, qui se ad pretium participandum venundari passi sunt* (2).

COMMENTARIUS.

1 Cum omnia amittimus, quæ habemus, libertatem, civitatem, familiam; maximam capi-

(1) *Princ. d. l. 18.*

(2) *D. l. 18. tit. 1. P. 6. in princ.*

tis deminutionem pati dicimur, *l. ult. hoc tit.* Hoc autem iis semper accidit, qui servi efficiuntur: nam sublata libertate tolluntur quoque reliqua duo.

TEXTUS.

De media.

2. *Minor sive media capitis deminutio est, cum civitas quidem amittitur, libertas vero retinetur: quod accidit ei, cui aqua et igni interdictum fuerit: vel ei, qui in insulam deportatus est* (1).

COMMENTARIUS.

1 (*Cui aqua et igni*). Jure à majoribus tradito non licuisse civem, licet noxium, aut supplicio capitis afficere, aut libertatem ei, civitatemve adimere, multi tradiderunt, Cæsar *orat. sua apud Sallust. de bell. Catil.* Cicero in *suis pro Aul. Cæcin. pro domo sua, pro Corn. Balb.* Lactant. *lib. 2. cap.* 10. Cæterum cum ad disciplinæ publicæ vigorem omnino pertineat, delicta et scelera malorum hominum impunita non relinqui; inventa ratio est, qua civitate, salvo instituto majorum, expellerentur. Itaque aqua et igni sontibus interdici cœptum est, ut his duobus tanquam vitæ humanæ præsidiis destituti, si exitium sibi paratum vitare vellent, in exilium proficisci cogerentur, inque aliam civitatem profugere, in quam cum essent recepti, Romanam demum amittebant. Quibus igitur aqua et igni interdicebatur, iis quidem aperte vita non eripiebatur, ac ne civitas quidem (siquidem nulla exilii facta mentione hæc pœna irrogabatur), sed tacite tamen morte quodammodo multabantur, vique ipsa expellebantur civitate; cum solo aere vivere aut tegi non possent: nec fas esset eos aut tecto recipere, aut aqua et igni, cæterisve, quibus vita continetur, juvare, ut ex ead. orat. Ciceronis *pro domo sua cap.* 29. *et* 81. liquet.

2 (*In insulam deportatus*). Non uno loco in libris nostris traditum est, deportationem in insulam in locum aquæ et ignis interdictionis successisse, *l.* 2. §. 1. *de pœn. l.* 3. *ad leg. Jul. pecul. l. pen. in fin. de extra. cogn.* Itaque, umbra vetusti juris adhuc retenta, aqua et igni interdictos nostri deportatos interpretantur, *l.* 1. §. 2. *de legat.* 3. *l.* 2. *de publ. jud.* eademque et in aliis locis illorum verborum interpretatio facienda est. Consule Brisson. *lib.* 3. *sel. antiq. cap.* 5.

3 Cum Callistratus in *l.* 5. §. *ult. de extraord. cogn.* ait, magna capitis deminutione libertatem adimi, idque accidere deportatis; sub magna et maximam, et mediam comprehendit, ut supra monuimus in *pr. hujus tit.* et de libertate loquitur non quæ sit juris gentium, sed juris Quiritium,

(1) *D. l.* 18. *vers.* La segunda.

sive quiritiaria, cum jure Quiritium liber non sit, qui in numero Quiritium non est, ut disputat Cicero in *fine orat. pro Cæcina*, et observat Cujacius.

TEXTUS.

De minima.

3 *Minima capitis deminutio est, cum civitas retinetur et libertas, sed status hominis commutatur: quod accidit in his, qui cum sui juris fuerint, cœperunt alieno juri subjecti esse, vel contra; veluti si filiusfamilias à patre emancipatus fuerit, est capite deminutus* (1).

COMMENTARIUS.

1 (*Sed status hominis*). Minima capitis deminutio est: *Per quam salva civitate et libertate, status duntaxat hominis mutatur*, Ulp. *de tutel.* §. 12. Idem tamen Ulp. *l.* 1. §. 8. *ad SC. Tertyl.* scribit, hanc capitis deminutionem contingere salvo statu: quæ videri possunt contradictoria. Et utique essent, si vocabulum *status* utroque loco eodem modo acciperet: nulla autem contradictio est, si eo vocabulo, non in eadem significatione utrobique utatur. Ergo recte dicit, hanc capitis minutionem contingere salvo statu, sed statu publico, quem quis ut civis habet, recte item eandem non contingere salvo statu, sed privato, quem quis habet in familia, *l. ult. hoc tit.* In definitione autem *pr. hujus tit.* tradita, appellatione *status* utrumque continetur. Exempla hujus capitis deminutionis habes in *textu*.

2 Cæterum jure novissimo, quo differentia agnationis et cognationis tum in successione, tum in tutelis penitus sublata est, *novell.* 118. *cap.* 4. *et* 5. (2): vix est ut emancipatio inter genera capitis minutionis referri possit.

TEXTUS.

De servo manumisso.

4 *Servus autem manumissus capite non minuitur: quia nullum caput habuit.*

COMMENTARIUS.

1 Servile caput nullum jus habet, et ideo nec minui potest, inquit Paulus *l.* 3. *in fin. eod.* Quod igitur *hic* ait Justinianus, servum nullum caput habere, idem est ac si diceret, servum nullum jus habere aut locum in tribus illis, quæ civium propria esse diximus, libertatem, inquam, civitatem, familiam: ad quæ tria in hoc tractatu capitis et status vocabula referuntur, quæ alioquin per se latius patent, et de persona servili etiam prædicantur, *tit. de stat. hom. et supr. de jur. pers.*

(1) *D. l.* 18. *tit.* 1. *P.* 6. *vers.* La tercera.

(2) *L.* 6. *tit.* 13. *P.* 6. *l.* 9. *tit.* 16. *eod.*

TEXTUS.

De mutatione dignitatis.

5 *Quibus autem dignitas magis quam status permutatur, capite non minuuntur, et ideo à senatu motos capite non minui constat.*

COMMENTARIUS.

1 Dignitas quoque appellatione status generali continetur; ideoque qui senatu, vel alio ordine movetur, recte dicitur circa statum dignitatis plecti, *l.* 5. §. 2. *extr. cogn.* Sed quia ita moti existimatio duntaxat minuitur, cætera autem, quæ civem proprie constituunt, salva manent: idcirco in hoc argumento dicitur, capite non minui, sed civis manere integri capitis, *l.* 3. *ff. de Senator.*

TEXTUS.

Interpretatio §. ult. supr. tit. prox.

6 *Quod autem dictum est, manere cognationis jus etiam post capitis deminutionem; hoc ita est, si minima capitis deminutio interveniat: manet enim cognatio. Nam si maxima capitis deminutio interveniat, jus quoque cognationis perit, ut puta servitute alicujus cognati, et ne quidem si manumissus fuerit, recipit cognationem. Sed et si in insulam quis deportatus sit, cognatio solvitur.*

COMMENTARIUS.

1 (*Jus quoque cognationis perit*). *Huic loco* obstare videri potest, quod dicit Pompon. *l.* 8. *de div. reg. jur.* jura sanguinis nullo jure civili dirimi posse. Sed sciendum est, jura sanguinis sive cognationis bifariam accipi; vel plane naturaliter atque pro eo jure, in quo sola sanguinis conjunctio spectatur; vel pro jure, quod cognatis propter cognationem jure civili vel honorario defertur. Illo modo si jus sanguinis accipias, nullo jure civili dirimi potest; ut ecce, jus civile efficere non potest, ut qui pater est, pater esse desinat; qui frater, desinat esse frater; ut nuptiæ inter patrem et filiam, inter fratrem et sororem consistant. At posteriore modo acceptum certis personis adimi potest, utputa, potest jus civile efficere, ut ne filius patri, frater fratri certo casu succedat, aut ad bonorum possessionem *unde liberi*, aut *unde cognati* vocetur (1). Nam hæc jura licet naturalia recte dicantur propter rem, cui tribuuntur, quæ est naturalis cognatio: tamen, quia inter cives tantum instituta sunt, etiam ad jus civile suo modo referuntur, *l.* 17. §. 1. *de pœn.* unde fit, ut etiam civili constitutione, hoc est, capitis deminutione perimantur; excepta tamen ea, quæ salva

(2) *Reg.* 34. *tit. ult. P.* 7.

civitate contingit: hicque sensus est huj.

TEXTUS.

Ad quos agnatos tutela pertinet.

7 *Cum autem ad agnatos tutela pertineat, non simul ad omnes pertinet, sed ad eos tantum, qui proximiore gradu sunt: vel si plures ejusdem gradus sunt, ad omnes pertinet, veluti si plures fratres sunt, qui unum gradum obtinent, pariter ad tutelam vocantur* (1).

COMMENTARIUS.

1 (*Qui proximiore gradu*). Æquum enim est, ut illi onus tutelæ subeant, qui et ad successionem vocantur: vocantur autem soli agnati proximi, *infra de leg. agn. succes.* (2).

2 (*Ad omnes pertinet*). Si plures sint agnati eodem gradu, pariter omnibus tutela defertur, *l.* 8. *et l.* 9. *de leg. tut.* nempe quia et ad hæreditatem omnes simul admittuntur, §. 5. *Inst. de leg. agn. succ.* ¿Quid ergo si aliqui ex proximioribus, vel etiam omnes mortui sint, vel capite minuti? Et quidem quandiu unus adhuc superest, qui in familia sit, tutela penes eum remanet, per *l.* 3. §. 5. *de leg. tut.* Si omnes decesserint, vel capite minuti sint, sequentes in tutelæ administrationem succedunt, *d. l.* 3. §. *pen.* Cæterum si proximus vel excusatus sit, vel remotus, sequentes non succedunt, sed in locum abeuntis alius à Magistratu datur, arg. *d. l.* 3. §. 8. Idem dicendum videtur, etsi proximus idoneus non sit ad tutelam gerendam, arg. §. *pen. infra de curat. l.* 10. §. 7. *de excus.* quasi hic proximus gradus adhuc supersit. Jure autem novissimo, *nov.* 118. *cap.* 5. cognati exæquati sunt agnatis, ut vidimus *supra* §. *ult. tit. prox.*

TITULUS DECIMUSSEPTIMUS.

DE LEGITIMA PATRONORUM TUTELA.

D. Lib. 26. *Tit.* 4. *Cod. Lib.* 5. *Tit.* 30. (3).

1 Ex quatuor generibus, in quæ tutelam legitimam distribuimus, primum explicatum est; tutela agnatorum: alterum nunc sequitur, patronorum, qui et ipsi proprie legitimi tutores sunt ex ratione et mente legis XII. Tab. *l.* 1. *l.* 3. *de leg. tut.* junct. *l.* 6. §. 1. *de verb. sign.*

(1) *L.* 9. *tit.* 16. *P.* 6.

(2) *L.* 10. *eod. vers.* E por ende.

(3) *D. l.* 10. *tit.* 16. *P.* 6.

TEXTUS.

Ex eadem lege XII. Tabularum libertorum et libertarum tutela ad patronos, liberosque eorum pertinet, quæ et ipsa legitima tutela vocatur: non quia nominatim in ea lege de hac tutela caveatur; sed quia perinde accepta est per interpretationem, ac si verbis legis introducta esset. Eo enim ipso quod hæreditates libertorum libertarumque, si intestati decessissent, jusserat lex ad patronos liberosve eorum pertinere, crediderunt veteres, voluisse legem etiam tutelas ad eos pertinere: cum et agnatos, quos ad hæreditatem lex vocat, eosdem et tutores esse jusserit; quia plerumque ubi successionis est emolumentum, ibi et tutelæ onus esse debet (1). *Ideo autem diximus* plerumque: *quia si à fœmina impubes manumittatur, ipsa ad hæreditatem vocatur, cum alius sit tutor.*

COMMENTARIUS.

1 (*Non quia nominatim*). Lege XII. Tab. patronis tutela defertur, non propalam aut nominatim et disertis verbis, quemadmodum agnatos lex vocat, sed per consequentiam hæreditatum, quæ ex ipsa lege patronis datæ sunt, *l. 3. pr. de leg. tut.* Ulp. *de tutel.* §. 2.

2 (*Per interpretationem*). Prudentum scilicet, quibus permissum erat, leges publice interpretari, et consulentibus de jure respondere, §. 8. *supr. de jur. nat. gent. et civ. l. 2.* §. 5. *de orig. jur.*

3 (*Perinde accepta est*). Verbum *ex legibus*, ait Ulp. sic accipiendum est, *tam ex legum sententia, quam ex verbis, l. 6.* §. 1. *de verb. signific.* Et Celsus: *Scire leges*, inquit, *non est verba earum tenere, sed vim ac potestatem, l. scire 17. de legib.* (2),

4 (*Ubi successionis est emolumentum*). Prudentum collectio fuit, patronos ideo ad tutelam libertorum á lege vocari, quia vocantur ad eorum intestatorum hæreditatem, hoc argumento, quod non aliam ob causam tutela agnatis delata fuit, quam quod et ipsos ad hæreditatem lex vocasset, *l. 1. de leg. tut.* Recte et naturæ juris convenienter, quo comparatum est, ut incommoda cujusque rei eum sequantur, quem sequuntur commoda, *l. 10. de div. reg. jur.* (3).

5 (*A fœmina manumittatur*). Interdum alibi tutela, alibi est hæreditas: quod fit, cum illi, qui ad hæreditatem vocantur, non sunt idonei ad tutelam administrandam; ut puta si fœmina manumisserit, aut consanguinea sit pupillo, *d. l. 1.* §. 1. quippe tutela virile munus est, *l. 16. l. ult. de tut. l. 2. de div. reg. jur.* (4). Excipiuntur mater, et avia, quibus liberorum suorum tutelam gerere tandiu permittitur, donec ad secundas nuptias transeant:

(1) *D. l. 10.*
(2) *L. 13. tit. 1. P. 1.*
(3) *Reg. 29. tit. fin. P. 7.*
(4) *L. 4. tit. 16. P. 6.*

ea tamen conditione, ut inter gesta senatusconsulti Vellejani auxilio, quo mulierum pro alio intercessiones prohibitæ sunt, renuntient *auth.* Matri et aviæ cum *auth. seq. C. quand. mul. offic. tut.* (1).

TITULUS DECIMUSOCTAVUS.

DE LEGITIMA PARENTUM TUTELA.

TEXTUS.

Exemplo patronorum recepta est et alia tutela, quæ et ipsa legitima vocatur: nam si quis filium aut filiam, nepotem aut neptem ex filio, et deinceps impuberes emancipaverit, legitimus eorum tutor erit.

COMMENTARIUS.

1 Tertia species tutelæ legitimæ parentum est, qui liberos impuberes contracta fiducia emanciparunt: id quod ex constitutione Justiniani semper fieri intelligitur, §. *ult. Inst. de leg. agn. succ. l. ult. C. de emanc. lib.* repete quæ notavimus ad §. 6. *supr. quib. mod. jus pat. pot.* Hæc autem tutela non eodem modo per interpretationem legis XII. Tab. introducta est, quo præcedens illa patronorum: neque enim, ut lex patronos ad successionem liberorum vocat, ita et vocat parentes ad successionem liberorum emancipatorum; unde Ulpianus hanc tutelam non legitimam, sed *fiduciariam* appellat, *tit. de tutel.* §. 4. Cæterum quia ad similitudinem tutelæ patronorum jure civili introducta est, eo quod parens, qui filium manumittit, patroni personam induit, atque ob hoc ad legitimam filii, qui liberti patitur exitum, *l. 1. si à par. quis man.* hæreditatem vocatur. *l. 10. de suis et legit. l. 2. C. ad SC. Tertyl. §. ult. Inst. de leg. agn. succ.* obtinuit, ut etiam hæc tutela legitima potius diceretur quam fiduciaria: quia et ipsa ad rationem legis XII. Tab. pertineret; quam etiam ob causam parens manumissor vicem dicitur legitimi tutoris sustinere, *l. 3. in fin. de legit. tut.*

(1) *D. l. 4. l. 9. eod. in fine.*

TITULUS DECIMUSNONUS.

DE FIDUCIARIA TUTELA.

TEXTUS.

Filiifam. à patre manumissi pater tutor est legitimus: eo vero defuncto, frater tutor fiduciarius existit.

Est et alia tutela, quæ fiduciaria appellatur: nam si parens filium, vel filiam, nepotem, vel neptem, vel deinceps impuberes manumisserit, legitimam nanciscitur eorum tutelam. Quo defuncto, si liberi ejus virilis sexus existant, fiduciarii tutores filiorum suorum vel fratris, vel sororis, vel cæterorum efficiuntur. Atqui patrono legitimo tutore mortuo, liberi quoque ejus legitimi sunt tutores; quoniam filius quidem defuncti, si non esset à vivo patre emancipatus, post obitum ejus sui juris efficeretur, nec in fratrum potestatem recideret, ideoque nec in tutelam: libertus autem, si servus mansisset, utique eodem jure apud liberos domini post mortem ejus futurus esset. Ita tamen hi ad tutelam vocantur, si perfectæ sint ætatis: quod nostra constitutio in omnibus tutelis et curationibus observari generaliter præcipit.

COMMENTARIUS.

1 Generali tutelæ legitimæ appellatione etiam fiduciariam complexi sumus *supr. de leg. agn. tut.* quia et ipsa vicem quadantenus legitimæ sustinet: ut enim tutores legitimi, ita et fiduciarii ipso jure tutores fiunt, et excludunt Atilianos; unde et permixte iisdem locis, quibus de legitimis tutoribus disputatur, etiam de fiduciariis quæritur, ut *hic*, et in *Pand. lib.* 26. *tit.* 4. Cæterum quia hæc tutela nulla interpretatione referri potest ad legem XII. Tabularum; ideo non legitima, sed peculiari nomine *fiduciaria* appellata est: haud dubie per abusionem vocabuli, quod cum in patre, cui alioqui soli id proprie convenit, non valuisset, ad liberos ejus quasi hæreditarium translatum est inopia alterius nominis, ut recte conjicit D. Hotom.

2 (*Filiorum suorum, vel fratris, vel sororis, vel cæterorum*). Observandum hic est, tres fiduciariæ tutelæ quasi gradus à Justiniano poni, quorum primus est filiorum; alter fratris vel sororis; tertius cæterorum. Non igitur frater tantum fratris emancipati, aut patruus fratris filii, defuncto patre suo emancipatore et tutore legitimo, fiduciarii tutores sunt;

sed etiam ipse pater filii ab avo emancipati, eo mortuo, non legitimus ut avus, sed fiduciarius tutor erit: contra quam Hotom. et Myns. existimant. Cur autem ne hic quidem legitimus sit, mox intelligetur.

3 Ut autem hoc in clariori luce collocetur, et ab oppositis, quæ statim apparent, vindicetur, placet casum fingere, quod Cajus sit avus, Sempronius filius, et Titius nepos simulque impubes. Si Cajus emancipaverit Titium nepotem suum, illius habebit tutelam legitimam, quæ parentum dicitur, ipsique emancipatori competit, non alii. Sed si mortuo Cajo, supervixerit Sempronius, non erit hic tutor legitimus Titii, ut fuerat Cajus, sed fiduciarius tantum, quia ipse Titium non emancipavit.

4 At si mutetur casus, ut Titius non sit nepos Caji, sed libertus ab eo manumissus, erit tunc Titius in Caji tutela legitima, quæ patronorum appellatur; eandemque tutelæ speciem obtinebit Sempronius, moriente Cajo. Diversitatis autem ratio, cur in 2. exemplo Sempronius sit etiam tutor legitimus Titii, ut erat Cajus, non vero in 1. duplex afferri potest. Prima videlicet, quia ad legitimam successionem liberti lex XII. Tab. vocat etiam patroni filium, qualis est Sempronius in secundo exemplo; qua ratione ad tutelam quoque vocatus intelligitur. Oppositum evenit in priori exemplo, cum lex ad successionem emancipati, filium emancipatoris non vocet.

5 Altera discriminis ratio ex eo sumitur, quod si in secundo exemplo Titius manumissus à Cajo non fuisset, in potestatem Sempronii jure hæreditario recidisset. Quod iterum dissimiliter contigisset in 1. in quo, emancipatione omissa, deberet utique Titius recidere in potestatem Sempronii, non tamen hæreditario jure, sed proprio ipsius Sempronii; quippe qui exhæredatus eandem potestatem haberet. Nihil ergo mirum Sempronium in exemplo secundo utpote haurientem jus patronatus à Cajo, ei succedere in eodem tutelæ genere, non ita in primo ob contrariam rationem. Atque hæc ratio ita late exposita eam complet, quam Justinianus indicat per illa verba *Quoniam filius ect.*

6 Recte autem *hic* Interpretes notant, hanc fiduciariam tutelam omnino cessasse jure novissimo, postquam juris agnatici et cognatici discrimen hac in parte penitus sustulit Justinianus *nov.* 118. *cap.* 4. *et* 5. quia licet emancipatio agnationem tollat, cognationem non lædit, §. *ult. Inst. de leg. agn. tut.* sicque emancipati frater erit ut cognatus, legitimus illius tutor.

7 (*Perfectæ ætatis*). Perfectam ætatem eam vocat, qua completur virilis vigor, nempe annorum quinque et viginti, *leg.* 1. §. 2. *de minor.* (1).

8 "In Hispania cum *lex* 9.

(1) *D. l.* 10. *tit.* 16. *P.* 6. *in fin.*

„*tit.* 16. *P.* 6. cognatos ad tutelam vocet sub nomine generali „*parientes*, nullo habito agnationis respectu; dicendum videtur, et patri emancipatori et filiis ejus in potestate retentis legitimam emancipati tutelam „competere, quia cognati sunt. „Nunquam ergo erit opus, ut ad „tutelas parentum et fiduciariam „confugiamus: quas tamen probat „*lex* 10. *eod.* Consonat quod de „jure novissimo Romanorum modo diximus *vers.* Recte."

TITULUS VIGESIMUS.

DE ATILIANO TUTORE, ET EO, QUI EX LEGE JULIA ET TITIA DABATUR.

D. Lib. 26. *Tit.* 5. *Cod. Lib.* 5. *Tit.* 34. *et* 36. (1).

1 Progreditur nunc Imp. ad tertiam tutelæ speciem, nempe dativam, sive Atilianam, cujus postrema ratio est; docetque, quibus ex legibus, quo Magistratu, et quando tutores dentur. Postremo non nihil attexit, quod ad tutores omnes et officium eorum in universum pertinet.

TEXTUS.

Jus antiquum, si nullus sit tutor.

Si cui nullus omnino tutor fuerat, ei dabatur in urbe quidem à Prætore urbano, et majore parte Tribunorum plebis tutor ex lege Atilia: in provinciis vero à Præsidibus provinciarum ex lege Julia et Titia.

(1) *Tit.* 16. *P.* 6.

COMMENTARIUS.

1 (*Nullus omnino*). Neque testamentarius, neque legitimus, aut qui sub illis continentur, à Magistratu confirmandus, et fiduciarius (2). Atque hæc species ex duabus summis, quæ locum Atiliano tutori faciunt, prima est. Altera est in §. 1. *hujus tituli.* Duæ autem causæ in *hoc principio* indicantur, quas ad constitutionem hujus tutelæ concurrere oportet; una est remotior, nimirum leges Atilia, Julia et Titia, quæ quando, aut à quibus latæ parum constat: altera propinqua est, videlicet factum Magistratus, cui ex istis legibus jus dandi tutores competit, ut in urbe Prætori cum majore parte Tribunorum plebis, in provinciis

(2) *L.* 12. *tit.* 16. *P.* 6. *in princ*

Præsidibus earum. Unde discimus, eos solos jus dandi tutores habere, quibus id nominatim lege aliqua concessum est, *l.* 6. §. 2. *de tut.*

TEXTUS.

Si spes sit futuri tutoris testamentarii.

1 *Sed et si in testamento tutor sub conditione, aut ex die certo datus fuerat; quandiu conditio, aut dies pendebat, ex iisdem legibus tutor alias interim dari poterat. Item si pure datus fuerat; quandiu ex testamento nemo hæres existebat, tandiu ex eisdem legibus tutor petendus erat: qui desinebat esse tutor, si conditio extiterat, aut dies venerat, aut hæres extiterat.*

COMMENTARIUS.

1 *Hic* alter casus proponitur, quo tutor à Magistratu datur; nempe si is, qui testamento datus est, impediatur quominus in præsentia tutelam capessat. Sic enim in universum jus est, ut quandiu speratur tutela testamentaria, legitima cesset, *l.* 11. *de test. tut.* Impedimenta hæc quatuor ex causis potissimum oriuntur; vel quod tutor testamento datus sit sub conditione, vel quod ex certo die, vel quod hæres institutus aditionem hæreditatis protrahat, vel denique quod qui testamento datus est, ab hostibus captus sit, de quo §. *seq.*

2 (*Sub conditione, aut ex certo die*). Ex *d. l.* 11. *de test. tut.* De conditione res certa est, quippe quæ actus omnes suspendit, §. 4. *infra de verb. oblig.* Dies quoque incertus pro conditione est, *l.* 1. §. 2. *l.* 75. *de cond. et demonstr.* De certo die justa esse poterat dubitandi ratio. Nam sicut obligationi dies certus adjectus non impedit, quominus quod promissum est, præsenti die debeatur, §. 2. *infra de verb. oblig.* ita et tutor ex die datus videri poterat statim tutor esse, ut jam alius tutor dari non posset, propter regulam traditam §. *pen. infra de curat.* Sed claudicat comparatio, quippe ratio non patitur ut dicamus, eum tutorem esse, in quem nihil juris ante diem testator collatum voluit.

3 (*Nemo hæres existebat*). Hoc idem traditur in *l.* 10. *pr. de test. tut.* et ratio est; quia quandiu pendet aditio hæreditatis, tandiu quoque in suspenso sunt omnia, quæ in testamento scripta sunt; atque ut adita demum hæreditate confirmantur, ita ea non adita una cum testamento corruunt, *l.* 9. *d. tit.* Potest autem fieri ut inter mortem testatoris, et aditionem hæreditatis sat temporis intercedat; dum pater filio impubere, cui tutorem dedit, exhæredato, extraneum hæredem instituisset, isque de adeunda hæreditate deliberaret; quo casu alius interim à Magistratu tutor petendus foret. Si autem filius ipse hæres institutus sit, statim ipso momento post mortem testatoris hæres est potestate juris, ut postea videbimus *tit. de hæred. qual. et diff.*

4 "In Hispania cum, ut testamentum effectum sortiatur, "non sit necessaria hæreditatis aditio, imo nec hæredis institutio *l.* 1. *tit.* 18. *lib.* 10. *Nov. Recop.* nunquam fiet locus tutori "dativo ob suspensam hæreditatis "aditionem, ut fit ex jure Romano, *hoc text. vers.* Item.

TEXTUS.

Si tutor ab hostibus sit captus.

2 *Ab hostibus quoque tutore capto, ex his legibus tutor petebatur; qui desinebat esse tutor, si is, qui captus erat, in civitatem reversus fuerat. Nam reversus recipiebat tutelam jure postliminii.*

Quando et cur desierint ex dictis legibus tutores dari.

3 *Sed ex his legibus tutores pupillis desierunt dari, posteaquam primo Consules pupillis utriusque sexus tutores ex inquisitione dare cœperunt, deinde Prætores ex constitutionibus. Nam supra dictis legibus neque de cautione à tutoribus exigenda, rem pupillis salvam fore, neque de compellendis tutoribus ad tutelæ administrationem quicquam cavebatur.*

Jus novum.

4 *Sed hoc jure utimur, ut Romæ quidem Præfectus urbi, vi Prætor secundum suam jurisdictionem; in provinciis autem Præsides ex inquisitione tutores crearent, vel Magistratus jussu Præsidum; si non sint magnæ pupilli facultates.*

Jus novissimum.

5 *Nos autem per constitutionem nostram hujusmodi difficultates hominum resecantes, nec expectata jussione Præsidum, disposuimus, si facultates pupilli, vel adulti usque ad quingentos solidos valeant, defensores civitatum una cum ejusdem civitatis religiosissimo Antistite, vel alias personas publicas, id est, Magistratus, vel Juridicum Alexandrinæ civitatis, tutores, vel curatores creare: legitima cautela secundum ejusdem constitutionis normam præstanda: videlicet eorum periculo, qui eam accipiunt.*

1 Plani sunt *quatuor hi textus.*

2 "In Hispania jus dandi tutores competit Judicibus, qui "ordinarii sunt in loco domicilii, "nativitatis, vel originis impuberis, vel denique ubi major pars "patrimonii ejusdem reperitur; "qui delegare poterunt hanc potestatem Judici inferiori, eo duntaxat casu, quo facultates pupilli quingentos maravedisios "non excedant, *l.* 12. *tit.* 16. "*P.* 6. Si tamen pupillus eorum "sit, qui *Grandes* (Magnates) "apud nos dicuntur, Rex ipse "adeundus est, *l.* 17. *tit.* 1. *lib.* 6. "*Nov. Recop.*

TEXTUS.

Ratio tutelæ.

6 *Impuberes autem in tutela esse naturali juri conveniens est; ut is, qui perfectæ ætatis non sit, alterius tutela regatur* (1).

COMMENTARIUS.

1 Tutela ex eorum numero est, quæ in genere et quasi in abstracto considerata, sunt juris gentium: in specie et concreto, juris civilis. Nam ut ineuntis ætatis inscitia, atque imbecillitas alterius provectioris prudentia atque arbitrio constituatur ac gubernetur, juri naturali conveniens est, Cicer. *1. de offic. cap.* 34. Aristot. 1. *Pol.* quod et apud omnes gentes proculdubio observatur. At forma regendi, qualitas personæ tutoris, ejusque constituendi modus, potestatis, quam habet, circumscriptio, hæc omnia sunt juris civilis, prout quæque civitas ordinaverit. Est igitur tutela juris civilis mixti, ut patria potestas et alia plurima.

2 (*Perfectæ ætatis non sit*). In calce §. *ult. præc. tit.* notavimus, perfectam ætatem in jure civili eam plerumque dici, quæ est annorum 25. *Hic* autem pinguius, non esse perfectæ ætatis accipitur pro non esse puberem (2), quamquam etiam ad puberes minores 25. annis, quod *hic* dicitur, quadrare potest.

TEXTUS.

De tutelæ ratione reddenda.

7 *Cum ergo pupillorum pupillarumque tutores negotia gerant: post pubertatem tutelæ judicio rationem reddunt* (3).

COMMENTARIUS.

1 *Hic locus* obiter tutores admonet officii sui atque administrationis; quod in *Pandect.* et *Cod.* copiose explicatur *tit. de administr. tut.*

2 (*Post pubertatem*). Quippe tutelæ agi non potest, nisi tutela finita sit, *l.* 4. *de tut. et rat. distr.* ejusque rei hanc rationem reddit Ulpian. *l.* 9. §. 4. *eod. tit.* quod absurdum sit à tutore rationem administrationis negotiorum pupilli reposci, in qua adhuc perseverat: quam ob causam nec à curatore rationes curæ administratæ, durante officio, actione utili sive tutelæ, sive negotiorum gestorum exigi possunt, *l.* 2. *l. rationis* 14. *C. de adm. tut.* Hoc dissimile est, quod curatores, durante adhuc curatione, singularum rerum nomine conveniri possunt, *l.* 16. §. 1. *de tut. et rat. distr.* *l.* 26. *de administr. tut.* ex eo quod curatores principaliter rebus dentur.

3 (*Tutelæ judicio*). In omni-

(1) *Princ. tit.* 16. *P.* 6.
(2) *Pr.* junct. *l.* 1. *tit.* 16. *P.* 6.
(3) *L. fin. titul.* 16. *P.* 6. *vers.* Pero.

bus quæ fecit tutor, cum facere non deberet, item in his, quæ non fecit, tutelæ judicio rationem reddit, præstando dolum, et culpam, et quantam in suis rebus diligentiam, *l. 1. de tut. et rat. distr.* nec potest hæc rationis reddendæ necessitas à patre testamento remitti, *l. 5. §. 7. de adm. tut.* ne præbeatur ansa delinquendi, quanquam inventarii solemnis confectio prohiberi potest, ne secreta patrimonii pandantur, *l. ult. §. 1. C. arb. tut.*

TITULUS VIGESIMUSPRIMUS.

DE AUCTORITATE TUTORUM.

D. Lib. 26. *Tit.* 8. *Cod. Lib.* 5. *Tit.* 59. (1)

1 Tria potissimum sunt in quibus gubernatio tutoris consistit: in persona pupilli tuenda; in rebus ejus gerendis; in auctoritate ei præstanda. Tuitio educationem, institutionem, defensionemque pupilli continet. In rerum administratione, tutoris officium est, ut omnia ex utilitate pupilli bona fide curet (2). Auctoritas ad ea pertinet, quæ pupillus ipse gerit, neque aliud est quam: *Probatio ejus, quod à pupillo, vel cum pupillo geritur*, *l. 3. hoc tit.* Duo priora *hic* omissa sunt, et fortasse consulto, quia eorum tractatio prolixior visa est, quam ut operi Isagogico inseri debuerit. In *Pand.* autem, et *Cod.* diligenter exposita sunt, *tit. de adm. tut.* Tantum §. *ult. super tit.* levis quædam mentio facta est administrationis, et reddendarum rationum: unde tamen ordinis ratio petenda videtur, et continuatæ tractationis, arg. ordinis *Pand.* Duo autem *hic* docet Justinianus; quibus in negotiis necessaria sit tutoris auctoritas, et quomodo interponenda.

TEXTUS.

In quibus causis sit necessaria.

Auctoritas autem tutoris in quibusdam causis necessaria pupillis est, in quibusdam non est necessaria; ut ecce, si quid dari sibi stipulentur, non est necessaria tutoris auctoritas: quod si aliis promittant pupilli, necessaria est tutoris auctoritas. Namque placuit, meliorem quidem conditionem licere iis, facere etiam sine

(1) *Tit.* 16. *P.* 6.

(2) *Lib.* 15. *et seq. eod.*

tutoris auctoritate, deteriorem vero non aliter, quam cum tutoris auctoritate; unde in iis causis, ex quibus obligationes mutuæ nascuntur, ut in emptionibus venditionibus, locationibus, conductionibus, mandatis, depositis, si tutoris auctoritas non interveniat, ipsi quidem, qui cum his contrahunt, obligantur: at invicem pupilli non obligantur (1).

COMMENTARIUS.

1 (*In quibusdam causis necessaria*). Ubi tutor ipse negotium gerit, supervacua est auctoritas. At pupillo gerente, quod aliquando necessarium est, puta si de servo manumittendo, aut de adeunda hæreditate agatur, aut constituendo procuratore, §. 1. *infr. eod.* §. *ult. infr. de curat.* locus est auctoritati tutoris: eaque in quibusdam rebus, quæ à pupillo geruntur, necessaria est: in quibusdam non est. In quo hæc distinctio pro utilitate pupillorum recepta est: ut ipsi contrahendo, aut aliud gerendo, meliorem quidem conditionem suam facere possint, etiam sine tutoris auctoritate; deteriorem vero non possint, nisi cum tutoris auctoritate, *l.* 28. *de pact. l.* 11. *de acq. rer. dam.* (2). Et recte; nam ubi nullum incommodum metuitur, frustra expectatur tutoris auctoritas, quæ ad hoc solum comparata est, ut in metu periculi pupillo per eam consulatur. Quod si culpa tutoris in damnum inciderit pupillus, eo nomine tutorem obligatum habet judicio tutelæ. Notandum autem est, hanc distinctionem pertinere ad pupillum infante majorem: nam infans ne tutore quidem auctore quicquam gerere potest, vid. *inf.* §. *pupillus* 9. *de inut. stip.* Exempla habes in *textu.*

3 (*Qui cum his contrahunt, obligantur*) (3). Qui contractus cum aliis initi ultro citroque obligationem pariunt; hi, si cum pupillo contractum sit sine tutoris auctoritate, ab uno tantum latere constant, eosque solum obligant, qui cum pupillo contraxerunt, pupillos non item, *l.* 13. §. *antep. de act. empt.* Ratio hujus juris partim est favor pupillorum, partim quod qui cum pupillo contrahit, cujus ætatem aspectus ipse indicat, suæ temeritati id imputare debeat, per *l.* 9. *de div. reg. jur.*

3 (*Non obligantur*). Nisi in quantum locupletiores facti sunt, *l.* 1. *l.* 5. §. 1. *hoc titul.* Natura enim æquum est, neminem locupletari cum alterius jactura, *l.* 14. *de cond. ind.* An pupillus sine tutoris auctoritate ex conventione saltem naturaliter aliquando obligetur, et quam vim ea obligatio habeat jure civili, disputamus *de inut. stip.* sub §. 9.

TEXTUS.

Exceptio.

1 *Neque tamen hæreditatem*

(1) *L.* 17. *eod. vers.* Otrosí.

(2) *D. l.* 17. *vers.* Otrosí.

(3) *D. l.* 17. *vers.* Pero si otro...

adire, neque bonorum possessionem petere, neque hæreditatem ex fideicommisso suscipere aliter possunt, nisi tutoris auctoritate (quamvis illis lucrosa sit), ne ullum damnum habeant.

COMMENTARIUS.

1 (*Hæreditatem adire*). Pupillus hæreditatem sibi delatam sine tutoris auctoritate adire non potest, *l.* 9. §. 3. *hoc tit.* cujus rei non alia ratio quærenda, quam quod facto suo sine tutoris auctoritate se obligare non potest, *l.* 8. *de acq. hæred. l.* 9. *pr. hoc tit.* At, inquis, potest conditionem suam meliorem facere, etiamsi tutor auctor non sit. Fateor, modo ne ipse obligetur. Fieri autem non potest, ut pupillus hæreditate quæsita non obligetur ut hæres creditoribus hæreditariis et testamentariis; illis ut personam defuncti repræsentans; his ipsa aditione hæreditatis. Neque enim hic est, quod creditoribus, aut legatariis imputetur, qui cum pupillo hærede non contrahunt, sed in eum incidunt, quod et Myns. observavit. Alia vulgo ratio affertur, periculum scilicet æris alieni, quo emergente incipiat damnosa esse hæreditas; multaque insuper in hæredibus esse metuenda, vexationem, negotiorum multitudinem, offensas, invidiam, *l.* 4. *ad SC. Treb.* Itaque quia judicio animi hic opus sit, necessariam esse tutoris auctoritatem, *l.* 189. *de div. reg. jur.* Hæ rationes locum quoque habent in bonorum possessione, et hæreditatis ex fideicommisso susceptione, *infr. lib.* 3. *tit.* 10. *et lib.* 2. *tit.* 23. Quæ ut vera esse fateamur, illud tamen adhuc relinquitur, cur non saltem favore pupillorum sustineatur hæreditatis acquisitio, quatenus illis lucrosa sit.

TEXTUS.

Quomodo interponi debet.

2 *Tutor autem statim in ipso negotio præsens debet auctor fieri, si hoc pupillo prodesse existimaverit. Post tempus vero, vel per epistolam, aut per nuntium interposita auctoritas nihil agit.*

COMMENTARIUS.

1 Exponitur *hic* modus seu forma interponendæ auctoritatis ex Cajo *d. l.* 9. §. *tutor* 5. *hoc tit.* Hic modus, ut legitimus habeatur, duo desiderat: ut tutor in negotio, quod cum pupillo geritur, præsens sit; ut statim atque peractum est, auctor fiat. Præsentia ideo desideratur, ut certo cognoscat tutor, quid negotii, qua fide geratur: ac proinde non sufficit corpore præsentem esse, nisi et animo sit, et intelligat, quale sit quod contrahitur, *l.* 14. *eod.* junct. *l.* 1. *in fin. et l.* 2. *eod.* Cur autem statim, et quasi calente adhuc negotio, auctor fieri debeat, hæc ratio est. Quia interpositio auctoritatis integrat quodammodo personam pupilli, qui per se contrahere non potest; efficitque, ut

actus sustineatur, qui alioquin ipso jure invalidus, ex intervallo non posset confirmari. Non est autem necesse, ut et is præsens sit, qui cum pupillo contrahit: potest enim ille aliquid vendere, aut locare pupillo per epistolam, et tutor auctoritatem pupillo accommodare, *d. l.* 9. §. *ult.* Illud quoque sciendum est, auctoritatem semper pure à tutore interponendam esse, non conditionaliter, quamvis conditionaliter cum pupillo contrahatur, *l.* 8. *eod.*

2 (*In ipso negotio præsens debet auctor fieri*). Tutoris auctoritas perfecto negotio interponitur; ut diserte scribit Ulp. *l.* 25. §. 4. *de acq. hær.* Quamobrem hæc oratio vel sic resolvenda est: *Tutor in ipso negotio præsens, statim debet auctor fieri*, ut intelligamus et præsentiam tutoris in ipso negotio, cum adhuc geritur, requiri; et statim ut negotium perfectum est, auctorem fieri oportere; quod et arguit mox sequens illatio, *post tempus vero, &c.*

3 "In Hispania, tutor per se „ipsum et non per alium, neque „per epistolam, auctor fieri de„bet, *l.* 17. *tit.* 16. *P.* 6. An au„tem statim, vel etiam post tem„pus, decisum non invenimus."

TEXTUS.

Quo casu interponi non potest.

3 *Si inter tutorem pupillumque judicio agendum sit: quia ipse tutor in rem suam auctor esse non potest, non prætorius tutor (ut olim) constituitur, sed curator in locum ejus datur: quo curatore interveniente judicium peragitur; et eo peracto curator esse desinit.*

COMMENTARIUS.

1 (*Judicio agendum sit*). Nec plures sint tutores, alioqui nisi cum omnibus pupillis sit, unus ex iis auctor erit, *l.* 24. *de test. tut.* Intellige autem si judicium agendum sit de aliis rebus, quam de administratione tutelæ: nam potest, *l.* 4. *de tut. et rat. distr.*

2 (*In rem suam auctor esse non potest*). Regula est, tutorem in rem suam auctoritatem accommodare non posse, *l.* 1. et 7. *hoc tit.* quemadmodum nec Judex quisquam, aut testis in sua causa esse potest, *l.* 10. *de jurisd. l.* 10. *de testib.* (1). Et in casu proposito hoc alioqui absurdi eveniret, ut idem in eodem negotio, et actor esset, et reus. At enim nihil prohibet auctoritas, quominus negotium per consequentias etiam tutori geratur, *d. l.* 7. quod exemplo declaratur *d. l.* 1.

3 Jure novo hæc disputatio pene supervacua est, quo vetuit Justinianus debitorem, creditoremve pupilli tutorem creari; eique, qui pupillo, aut cui pupillus post cœptam tutelam debere

(1) *L.* 19. *tit.* 16. *P.* 3.

cœpit, perpetuum curatorem adjungi voluit, *nov.* 72. *cap.* 1. *et* 2. Dixi autem pene, quia video plerosque hinc eximere tutores ex certa scientia testamento datos (1), DD. in *aut.* Minoris *C. qui dar. tut.* atque ita judicatum refert Anton. Fab. *tit.* 20. *lib.* 5. *def.* 1. Illud constat, matrem et aviam non impediri debito aut credito, quominus filiorum suorum aut nepotum tutelam gerant, *auth.* Ad hæc. *C. quand. mul. off. tut.* et multo igitur magis excipiendus pater et avus, ut curia Frisiæ censuit, teste Sand. *lib.* 2. *tit.* 9. *defin.* 2.

TITULUS VIGESIMUSSECUNDUS.

QUIBUS MODIS TUTELA FINITUR.

C. Lib. 5. *Tit.* 60. (2).

1 Dictum est, quibus modis tutela constituatur; quæ constitutæ vis atque auctoritas: reliquum est, ut videamus, quandiu perseveret, quibusque modis ea finiatur. Modi finiendæ tutelæ varii sunt, tum ex persona pupilli, tum ex persona tutoris, tum ex persona utriusque. Item quidam communes sunt omnibus tutelæ speciebus, quidam proprii quarundam, sicut ex progressu apparebit. In summa autem duorum horum modorum altero semper finitur: aut ipso jure, aut interventu Magistratus.

TEXTUS.

De pubertate.

Pupilli pupillæque, cum puberes esse cœperint, à tutela liberantur. Pubertatem autem veteres quidem non solum ex annis, sed etiam ex habitu corporis in masculis æstimari volebant. Nostra autem majestas, dignum esse castitate nostrorum temporum existimans, bene putavit, quod in fœminis etiam antiquis impudicum esse visum est, id est, inspectionem habitudinis corporis, hoc etiam in masculos extendere. Et ideo nostra sancta constitutione promulgata, pubertatem in masculis post decimum quartum annum completum illico initium accipere disposuimus: antiquitatis normam in fœminis bene positam in suo ordine relinquentes, ut post duodecim annos completos viri potentes esse credantur (3).

(1) *L.* 14. *tit.* 16. *P.* 6. *vers.* Otrosí los que, *cum seq. et ibi* Lop.

(2) *L.* 22. *tit.* 16. *P.* 6.

(3) *D. l.* 21. *tit.* 16. *P.* 6. *in princ.*

COMMENTARIUS.

1 (*Cum puberes esse*). Primus modus finiendæ in persona pupilli tutelæ est pubertas, *l.* 1. *C. quand. tut. vel cur.* Hinc puberes etsi curatorem accipiunt, in suam tutelam venisse antiqua locutione dicuntur, *infr. de pup. substit. in pr. l.* 8. §. *de bon. poss. sec. tab.*

2 (*Sed etiam ex habitu corporis*). Fuere olim, qui pubertatem in masculis ex solo habitu corporis æstimabant. Proculejani eum puberem esse dicebant, qui quatuordecim annos explevisset: alii eum, in quem et habitus corporis, et numerus annorum concurreret, teste Ulp. *tit.* 11. *de tutel. in fin.* Eam se controversiam sustulisse, abrogataque inspectione corporis, pubertatem ex annis tantum æstimari voluisse, scribit Justinianus *hic* et in *l. ult. Cod. quand. tut. vel cur.* Sed profecto longe ante Justinianum receptam fuisse Proculi sententiam, multis auctoritatibus probari potest. Nam Tertullianus, qui aliquot sæculis ante Justinianum vixit, in *lib. de veland. virg.* aperte testatur: *Romanos pubertatem in annis, non in sponsalibus aut nuptiis decernere*: hoc est, ex annorum numero, non ex habitu corporis puberem judicare. Et Macrobius *lib.* 7. *Saturn. cap.* 7. sic scribit: *Secundum jura publica duodecimus annus in fœmina, et quartusdecimus in puero definivit pubertatis ætatem.* Idem in *somn. Scipion. lib.* 1. *cap.* 6. ait: *Tutelam pueris post bis septem annos absolvi.* Idque et Ulp. noster expressis verbis confirmat, *l.* 2. *de vulg. et pup.* indeque est, quod idem Ulp. scribit, masculis post annum decimumquartum, fœminis post duodecimum permitti testamentum facere, *l.* 5. *qui test. fac.*

3 (*Post duodecim annos*). Pubertatis anni maxime propter nuptias definiti sunt: ideoque cum vis generationis in fœminis citius incipiat quam in maribus, placuit eas etiam citius tutela liberari. Et hoc est, quod Macrob. *lib.* 1. in *somn. Scipion. cap.* 6. scribit: *De tutela*, inquit, *fœminæ propter votorum festinationem, maturius biennio quam pueri, legibus liberantur.* Quod autem generationi citius admoventur, id idem Macrobius 7. *Saturn.* 7. infirmiori earum naturæ adscribit; nam et exilia poma celerius maturescere, robusta serius.

4 Alia ab hac pupillari fœminarum tutela fuit muliebris, de qua Ulp. in *fragm. tit.* 11. Nam et post pubertatem mulieribus tutor dabatur, non ad negotia earum administranda, sed ad auctoritatem præstandam in solemnibus et civilibus, veluti ad judicia, si se obligabant, et ad alienanda mancipia, Ulpianus *d. loc.*

TEXTUS.

De capitis deminutione pupilli.

1 *Item finitur tutela, si adrogati sint adhuc impuberes vel*

deportati: item si in servitutem pupillus redigatur, vel si ab hostibus captus fuerit (1).

COMMENTARIUS.

1 Secundo finitur tutela quavis capitis deminutione pupilli, etiam minima, adrogatione scilicet. Rationem tradimus *infra* §. 4.

2 (*Si ab hostibus captus*). Cæterum eventus demum ostendet, an tutela hic omnimodo finita sit; nam postliminio reversus proculdubio recidit in tutelam.

TEXTUS.

De conditionis eventu.

2 *Sed etsi usque ad certam conditionem datus sit tutor testamento; æque evenit, ut desinat esse tutor existente conditione* (2).

De morte.

3 *Simili modo finitur tutela morte pupillorum, vel tutorum* (3).

Hi duo textus nulla indigent explicatione.

TEXTUS.

De capitis deminutione.

4 *Sed et capitis deminutione tutoris, per quam libertas, vel civitas amittitur, omnis tutela perit. Minima autem capitis deminutione tutoris; veluti si se adrogandum dederit, legitima tantum perit; cæteræ non pereunt: sed pupilli, et pupillæ capitis deminutio, licet minima sit, omnes tutelas tollit* (4).

COMMENTARIUS.

1 (*Legitima tantum tutela perit*). Nimirum quia et perit agnatio, ob quam ea defertur, §. *ult. supr. de leg. agnat. tut.* Legitima autem patronorum tutela huc nunquam pertinuit, Ulp. in *fracgm. tit.* 11. *de tut.* §. 9. Sed nec legitima agnatorum tutela jure novissimo finitur minima capitis deminutione, postquam *novell.* 118. *cap.* 5. (5). Differentia, quæ olim erat inter agnatos et cognatos, quoad successionem et tutelam, penitus sublata est, ut notavimus §. *ult. de leg. agn. tut.*

2 (*Licet minima sit*). Is qui in potestate patris est, si perfectæ ætatis sit, non prohibetur tutor esse, *supr. qui test. tut. dar. in pr. l.* 9. *de his qui sui vel al. jur.* In tutela autem nemo esse potest, nisi qui sit sui juris. Atque hæc ratio est, cur pupillo adrogato tutela pereat; tutore non item.

TEXTUS.

De tempore.

5 *Præterea qui ad certum*

(1) *D. l.* 21 *tit.* 16. *P.* 6.
(2) *D. l.* 21. *tit.* 16. *P.* 6.
(3) *D. l.* 21.

(4) *D. l.* 21.
(5) *L.* 6. *tit.* 13. *P.* 6. *l.* 9. *tit.* 16. *P.* 6.

tempus testamento dantur tutores, finito eo, deponunt tutelam (1).

COMMENTARIUS.

1 Hoc modo quamvis tempore, ipso tamen jure tutela finitur. Etenim tutela non in ullo jure proprie quæsito consistit: alioquin tempore, ipso jure non finiretur, *l.* 44. *de oblig. et act.* sed in facto personæ et administratione magis posita est. Quæ autem talia sunt, ut facta sunt temporalia, ita et ipsa cum factis incipere et finiri possunt: argumento sit ususfructus, *l. unic. §. pen. quand. dies ususfr. leg. ced.*

TEXTUS.

De remotione et excusatione.

6 *Desinunt etiam tutores esse, qui vel removentur à tutela ob id, quod suspecti visi sunt: vel qui ex justa causa se excusant, et onus administrandæ tutelæ deponunt, secundum ea, quæ inferius proponemus* (2).

COMMENTARIUS.

1 Proponuntur *hic* duo modi, quibus tutela finitur, non ipso jure, ut superioribus, sed interventu Magistratus: excusatio scilicet, et justa suspicio. Excusatio volentem liberat; suspicio invitum removet. Est vero major excusationum usus tutela delata, quam suscepta. Sed et quasi suspectus quis postulari et removeri potest, antequam incipiat tutelam gerere, de quibus suo iterum loco. De excusationibus est *tit. pen.* de suspectis tutoribus *tit. ult. hujus libri.*

TITULUS VIGESIMUSTERTIUS.

DE CURATORIBUS.

D. Lib. 27. *Tit.* 10. *Cod. Lib.* 5. *Tit.* 70. (3).

3 Transit nunc Imperator ad alterum membrum divisionis positæ in *pr. supra de tutel.* quod eos complectitur, qui cum sui juris sint, curatorum tamen auxilio reguntur: exponitque promiscue, quibus, et à quibus, quando et quomodo curator detur. Sciendum autem est, duo esse genera curatorum: unum eorum, qui nulla personæ habita ratione, si res exigat, boni consti-

(1) *D. l.* 21. *tit.* 16. *P.* 6.
(2) *D. l.* 21.
(3) *L.* 13. *tit.* 16. *P.* 6.

tuuntur; puta vel debitoris latitantis, vel hæredis, qui in utero est, aut domini, qui ab hostibus captus sit, *tit. de cur. bon. dand.* quod genus huc non pertinet; alterum eorum, qui certis personis, quæ alieno auxilio indigent, dantur ad res earum administrandas; qui hujus sunt argumenti. Sunt autem et ipsi duorum generum: dantur enim vel propter ætatem ejus, qui in curatione sit: vel propter animi aut corporis morbum. In priore genere sunt minores 25. annis: in posteriore furiosi, prodigi, mente capti, muti, et surdi, et qui perpetuo morbo laborant. Quamobrem sic recte definietur curatio: *Potestas jure constituta ad curandas res ejus, qui quoquo modo rebus suis superesse ipse non potest* (1). Ex hac definitione facile intelligere poteris; et quæ communia sunt curæ cum tutela, et quæ discrepantia: maxime si cum ea conferas definitionem tutelæ, eaque, quæ ad illam illustrandam scripsimus sub §. 1. *sup. de tutel.* Cæterum et in processu pleraque iterum notanda erunt.

TEXTUS.

De adultis.

Masculi quidem puberes, et fœminæ viri potentes usque ad vicesimumquintum annum completum curatores accipiunt: quia licet puberes sint, adhuc tamen ejus ætatis sunt, ut sua negotia tueri non possint (2).

COMMENTARIUS.

1 (*Usque ad vicesimumquintum annum*). Tutela in maribus tardius finitur, quam in fœminis; quia fœminæ, ut superius dictum est, citius pubescunt. At cura in utrisque eodem tempore finitur; nimirum post annum vicesimumquintum. Et vero nulla ratio est, cur fœminæ maturius, quam masculi cura liberari debeant: cum potius diuturniore cura continendæ videantur propter sexus fragilitatem, ob quam et in perpetua cura olim fuere. Et jure quidem ordinario ante hanc ætatem curatio non finitur. Cæterum adolescentes honestate morum præditi post annum vicesimum; fœminæ quas morum honestas, mentisque solertia commendat, post annum octavumdecimum, ætatis veniam à Principe impetrare possunt, ut ex eo tempore res sine curatoribus administrent; ac tum quidem in integrum non restituuntur, *l.* 1. et 2. *C. de his qui ven. ætat.* Sed tamen in eo adhuc simili conditione cum cæteris minoribus sunt, quod immobilia sine decreto alienare, aut obligare non possunt, *l.* 3. *C. d. tit.* Cur autem hoc fœminis biennio maturius conceditur, ea videtur esse ratio, quod quamvis judicium muliebre infirmius sit virili; tamen quæ natura solertiores sunt, si ad vir-

(1) *Arg. d. l.* 13. *tit.* 16. *P.* 6.

(2) *D. l.* 13.

tutem pergant, celerius maribus prudentes fiunt: propterea quod vehementiores multo in fœminis affectiones sunt, quam in viris.

2 (*Completum*). Curatio non finitur nisi anno vicesimoquinto exacto et completo. Hoc enim utile minori visum est, ut tempus à momento in momentum spectetur: nam si postremo vicesimiquinti anni die cœpto, aut nondum completo læsus sit, poterit adhuc in integrum restitui, *l.* 3. §. 3. *ff. de minor.* (1).

3 Cur autem placeat ætatem 25. annorum finem afferre curationi, docet nos Ulpian. *l.* 1. §. 2. *d. tit. Quia*, inquit, *post hoc tempus completur virilis vigor*; convenienter sententiæ Physicorum, qui tradunt, anno vicesimoquinto, quo corpus crescere desinit, etiam animam ad summum perfectionis suæ gradum pervenire, eaque demum ætate evidentia vigoris animi, et constantiæ mentis vestigia emergere: conquiescente scilicet in illa humorum ac corporis perpetua agitatione aut perturbatione, cui adolescentes obnoxii. Quamobrem et justa, perfecta, integra, robusta hæc ætas in libris nostris appellatur. Pulchre D. Cujac. *de minor. in pr.* Quanquam igitur naturæ lege, certa ex annorum numero perfectæ ætatis definitio non est, tamen ex his, quæ diximus, abunde patere arbitror, hanc ætatis justæ definitionem non esse juris mere positivi.

4 (*Adhuc tamen ejus ætatis sunt*). Constat inter omnes, ait Ulpian. *l.* 1. *pr. de min.* fragile esse et infirmum hujusmodi ætatum consilium, multorumque captionibus et insidiis expositum (2): ideoque Prætorem naturalem æquitatem secutum, auxilium adolescentibus adversus captiones polliceri; et in *fin. d. l.* 1. addit, ideo eos usque ad vicesimumquintum annum curatorum auxilio regi.

5 ¿Sed quid opus fuit de curatore adolescentibus dando tam curiose cavere, cum si capti fuerint, Prætor eos in integrum se restituturum polliceatur, nec iis minus subveniat, qui curatorem habentes, eo auctore quid gesserunt? *tot. tit. C. si tut. vel cur. int.* (3). Nimirum magis decorum atque honestum visum est, in tempore occurrere et providere, ne minores capiantur, quam ut assiduis implorationibus tribunalia personent. Deinde quia id etiam minoribus tutius est et utilius, ne post vulneratam causam remedium quærentibus impedimentum aliquod objiciatur, *l. ult. C. in quib. caus. in int. rest. nec.* Curatoris autem consilio, et prudentia efficitur, ut non tam facile lædantur, nec necesse sit, restitutionem in integrum toties postulare: quanquam si nihilominus læsi proponantur, auxilium iis Prætor non denegat.

6 Illud obiter monendi su-

(1) *L.* 2. *tit.* 19. *P.* 6.
(2) *Princ. d. tit.* 19. *P.* 6.
(3) *D. l.* 2.



mus, non tantum ætate curationem finiri, sed aliis etiam ex causis, atque ex iisdem fere, ex quibus finitur tutela: denique similiter vel ipso jure, ut adrogatione adolescentis, morte, servitute, deportatione vel adolescentis, vel curatoris; vel interventu Magistratus, ut excusatione, remotione.

7 "In Hispania veniam ætatis minoribus necessariam ad curandas res suas Rex concedit Supremo Castellæ Senatu consulente, *senat.* 26. *tit.* 5. *lib.* 3. *et senat.* 34. *tit.* 19. *lib.* 2. Martinez Salazar in opere cui titulus: *Coleccion de memorias y noticias del gobierno general, y politico del Consejo*, *cap.* 8.

8 "Hoc monere visum fuit, quia vidimus, Bernardum Joachimum Danvila tradidisse in *Aditione* quam *Viniano hujus textus Commentario* interseruit, impetrari hanc veniam à regia Curia quam *Cameram* vocamus ex *senat.* 92. *tit.* 4. *lib.* 2. cum olim ejus concedendæ auctoritas ad universum Consilium regium spectaret per *laudatum senat.* 34. Quæ correctio, quam ipse existimat, imaginaria est: quandoquidem *d. senat.* 92. (quod quidem recentius est *laudat. senat.* 34.) non exauditur de hac, quam tractamus, ætatis venia; sed de illa qua egent minores ut publica munera obire queant: atque ita usus quotidianus probat."

9 "Observamus quoque asseri in *ead. Adit.* minori uxorato permitti tum suæ, tum uxoris pecuniæ liberam administrationem, simul ac annum 18. adimpleverit, per *l.* 7. *tit* 2. *lib.* 10. *Nov. Recop.* cum hæc non exigat in hac concessione annum 18. completum, sed inceptum duntaxat, ibi: *en entrando en los diez y ocho.*"

TEXTUS.

A quibus dentur curatores.

1 *Dantur autem curatores ab eisdem Magistratibus, à quibus et tutores. Sed curator testamento non datur: datus tamen confirmatur decreto Prætoris, vel Præsidis.*

COMMENTARIUS.

1 (*Testamento non datur*). Idem traditur in *l.* 7. *C. de test. tut.* ¿At quamobrem? Nimirum quia puberes, quibus solis curator datur, ipsi, si velint, res suas administrare possunt; de quo mox plura. Eademque ratio est, cur pater liberis suis puberibus substituere non possit: scilicet quia ea ætate ipsi sibi testamentum facere possunt; *l.* 2. *de vulg. et pup.*

2 (*Datus tamen*). Cum inviti adolescentes sive minores curatores non accipiant, ut §. *seq.* videbimus, non confirmabitur, ipsis nolentibus, curator testamento datus; at si ipsi voluerint, decreto Judicis confirmabitur datus, hocque peracto curam capesset.

3 "In Hispania curator testa-

"mento datus debet à Judice con-"firmari, si hic, eum minori fore "utilem, existimaverit, ut expres-"se statuitur, *l.* 13. *tit.* 16. *P.* 6. "ubi vide *gloss.* Greg. Lop."

TEXTUS.

Quibus dentur.

2 *Item inviti adolescentes curatores non accipiunt, præterquam in litem; curator enim et ad certam causam dari potest* (1).

COMMENTARIUS.

1 (*Inviti*). Secum pugnare Justinianus videtur, qui *initio hujus tituli* dixit, ideo minores 25. annis curatores accipere, quia ejus ætatis sunt, ut negotia sua tueri non possint. Deinde cum Justiniano Ulpian. qui in *l.* 1. §. *ult. de minor.* expresse scribit, minoribus 25. annis rei suæ administrationem committi non debere, quamvis rem suam bene gerentibus. Accedit, quod ne Principes quidem, nisi perraro atque extra ordinem minoribus rerum suarum administrationem indulgere solent, auctore eodem Ulpian. *l.* 3. *pr. dict. tit.* Rævardus I. *var.* 17. et Cujac. in *l.* 1. *de excus.* socordiam Triboniani accusant, qui ex veteri jure legis Lætoriæ *hic* repetiverit, quod jam pridem constitutione D. Marci abrogatum erat. Sed enim et ex responsis recentiorum Jurisconsultorum, et ex posteriorum Imperatorum rescriptis manifeste evincitur, etiam post D. Marci constitutionem non omnes minores curatores accipere coactos. Veluti ex eo, quod Papinianus scribit in *l.* 13. *in fin. de tut. dat.* minoribus desiderantibus curatores dari solere. Et quod Modestin. *l.* 2. §. *pen. et ult. qui pet. tut.* non licere aliis curatores minoribus petere, sed ipsos minores duntaxat sibi petere posse. Item ex eo quod Imperatores Diocletianus, et Maximianus Attiano minori rescribunt in *l.* 3. *C. de integ. rest.* interesse, utrum is curatorem habeat, an non habeat; si habeat, contractum ab Attiano initum jure non subsistere; si non habeat, subsistere, implorandamque esse restitutionem in integrum. Denique non uno in loco invenies adolescentes sine curatoribus propositos, ut in *l.* 7. §. 2. *de min. l.* 43. §. 3. *de proc. l.* 1. *l.* 7. *Cod. qui pet. tut.*

2 ¿Quid ergo respondemus ad ea, quæ huic sententiæ paulo ante objecimus? Nempe quod Imperator *initio hujus tituli* ait, puberes usque ad vicesimumquintum annum curatores accipere, de volentibus et petentibus accipiendum esse, arg. *hujus* §. junct. *l.* 2. §. *pen. et ult. qui pet. tut. vel cur.* cui et subjecta ab Imperatore ratio accommodanda est. Ulpianum autem *l.* 1. §. *ult. de minor.* de effectu curæ jam constitutæ loqui, cujus ea vis sit, ut minores, quibus petentibus semel curator datus est, hujus curatoris auxilio usque

(1) *L.* 13. *tit.* 16. *P.* 6. *vers.* Pero

ad annum 25. regi debeant, nec possit Magistratus eum, quem semel curatorem dedit, à munere suo removere, minoribusque ob id, quod jam amplius sub cura vivere non lubeat, rerum suarum administrationem restituere, arg. *l. 2. et 3. in pr. cod. tit.* ubi hujusmodi Magistratuum decreta ut ambitiosa Imperatores interpretantur et improbant: quoniam solius Principis sit ætatis veniam concedere (1). Adi et Franc. de Amaya *lib. 1. observ. jur. cap. 9.*

3 *Præterquam in litem*: Sive litem minor intendat, sive excipiat, *l. 2. C. qui leg. pers. stand. in jud.* (2). Quod ideo comparatum est, ne minoribus agentibus, aut judicio conventis, adversarius elusorio judicio lædatur, cum sententia adversus minores indefensos lata nullius momenti sit, *l. contra 54. de re jud.* (3). Idem et in aliis rebus simili æquitatis ratione receptum, veluti si debitor velit, aut cogatur minori solvere, *l. 7. §. 2. de min.* si is, qui tutor fuit, rationem administrationis suæ redderet, *l. 7. Cod. qui pet. tut.*

4 (*Ad certam causam*). Duplex igitur *hic* inter tutelam et curam differentia animadvertitur; una est, quod curator non detur invito, tutor invito detur, *l. 6. de tut. et cur. dat.* altera, quod curator ad certam causam dari potest, tutor non potest, §. *certæ* 4. *sup. qui test. tut. dar. poss.* (4).

5 "In Hispania moris est, ut „ipsi minores, si egent, curato„res sibi petant, dum testamento „datum non habeant. Si enim „datum testamento habuerint, „confirmabitur is, secundum ea „quæ diximus nuper §. 1. *hoc tit.*"

TEXTUS.

De furiosis et prodigis.

3 *Furiosi quoque, et prodigi licet majores vigintiquinque annis sint, tamen in curatione sunt* (5) *agnatorum, ex lege XII. Tabularum. Sed solent Romæ Præfectus urbi; vel Prætores, et in Provinciis Præsides, ex inquisitione eis curatores dare.*

COMMENTARIUS.

1 Non uti tutela quædam impuberum legitima est, ita et cura quædam minorum puberum. Tutela legitima agnatis proximis lege defertur propter spem certam successionis, *l. 1. de leg. tut.* Cura autem nulla ob ætatem lege delata est, quia puberes testamentum facere, et præteritis agnatis, quem velint sibi hæredem instituere possunt. Unde jam intelligitur, cur ob furorem, vel prodigalitatem, à lege curatores dentur: nimirum quia furiosi et prodigi, qui non magis quam

(1) *Senat. 26. lib. 3. tit. 5.*
(2) *D. l. 13. tit. 16. P. 6. l. 17. eod.*
(3) *L. 1. tit. 25. P. 3. vers.* Pero.
(4) *L. 1. tit. 16. P. 6.* junct. *l. 3. eod.*
(5) *D. l. 13.*

impuberes testamentum facere possunt, certos successores habent agnatos, quos ideo et curatores esse lex voluit.

2 Prodigum definit Ulpian. *d. l.* 1. eum: *qui neque modum, neque finem impensarum habet, sed bona sua dilacerando et dissipando profundit* (1). Unde vulgo quæri solet: ¿an prodigus intelligendus sit, qui facto talis est, an vero decretum Magistratus exspectandum? hoc est ¿an ipso jure, et lege XII. Tabularum dissolute et luxuriose viventi bonorum administratio interdicta intelligatur; an vero tum demum cum talis esse sententia Magistratus declaratus sit? Dicendum, eum, qui moribus talis est, qualis in *d. l.* 1. describitur, revera quidem et ethice prodigum esse (nam vitia et virtutes non pendent ex cognitione et sententia Judicis, sed propriam naturam et formam habent): cæterum quoad rerum suarum administrationem non ante politice, et effectu juris prodigum haberi, quam ea administratio causa cognita decreto Magistratus ei adempta sit; cujusmodi decreti extat vetus formula apud Paul. 3. *sent.* 4. Nimirum bonorum administrationis ademptio sive interdictio non juris est, sed jurisdictionis; hoc est, nemini speciatim bonorum administrationem lex interdicit, ac ne potest quidem interdicere: sed generaliter interdici jubet omnibus, idque auctoritate Magistratus, quos prodigos esse causa cognita constabit, eumque cui bonis publice interdictum est, vult esse in curatione agnatorum, Ulpian. *d. tit.* §. 1. fac. §. 2. *infr. quib. non est perm. fac. test. l.* 6. *de cur. fur.* qui tamen et lege interdici bonis dicitur, *d. l.* 1. *de cur. fur. et alibi* propterea quod lex id fieri jubet, et quia à lege curatorem, et administratorem bonorum accipit. Bene igitur, et rationi juris convenienter Horatius 2. *serm.* 3.

....Interdicto huic omne adimat jus
Prætor, et ad sanos abeat tutela propinquos.

3 Furiosi alia ratio est. Nam cum furor per se emineat, ut furioso bonis à Magistratu interdicatur, non requiritur: at vero an quis prodigus haberi debeat, ex multis et variis circumstantiis æstimandum est, de quibus Magistratum cognoscere et pronuntiare oportet, ne quis temere in hominem sui juris, et liberalem forte magis quam prodigum, potestatem aliquam sibi usurpet, aut, cuiquam probabilis ignorantia noceat. A tqui, inquis, prodigus receptis sanis moribus, et cum frugalitate in gratiam reversus, desinit ipso jure esse in curatione, *d. l.* 1. *de curat. fur.* Sed ne hoc quidem excludit cognitionem et declarationem Magistratus; utique necesse est, ut publice et aperte de eo constet, uti communiter DD. nostri teste Angelo statuunt. Atque hoc etiam concedo: si quis contraxerit cum manifeste luxurioso, eoque, quem sciebat,

(1) *L.* 5. *tit.* 11. *P.* 5.

pecuniam illico male consumpturum, dici posse, esse quod sibi imputet, arg. *l.* 8. *pro empt.* Anton. Fab. *C. suo de cur. fur. de fin.* 7.

TEXTUS.

De mente captis, surdis etc.

4 *Sed et mente captis, et surdis, et mutis, et qui perpetuo morbo laborant (quia rebus suis superesse non possunt) curatores dandi sunt.*

COMMENTARIUS.

1 (*Mente captis*) (1). Furiosus utique est mente captus, hoc est, demens sive amens: nam furor, definitore Cicerone 3. *Tusc.* est: *Mentis ad omnia cæcitas.* Plerumque tamen separantur, ut in *l.* 27. §. 5. *de recept. arb. l.* 2. *de inoffic. test.* uti et furor et dementia, *l.* 8. *de tut. et cur. dat. l.* 6. *de cur. fur.* Cicer. in *Pison cap.* 36. ¿*Ego te non vecordem, non furiosum, non mente captum, non tragico illo Oreste, aut Athamante dementiorem putem*? Hoc autem distare furiosum à mente capto Interpp. nostri docent, quod ille rabie quadam animi agatur, quales fabulæ memorant Athamantem, Herculem, Ajacem, Orestem; hic magis in quiete sit, nec ulla fere signa ostendat extrinsecus: quod vitium plerumque naturale et perpetuum est. Furiosorum autem duo sunt genera: nam in quibusdam morbus perpetuus est, et continua mentis abalienatio, in quibusdam remissionem et intervalla habet, *l.* 14. *de offic. Præs. l.* 12. §. 2. *de judic.*

2 (*Surdis, et mutis*). De surdis, et mutis est in *l.* 8. §. 3. *de tut. et cur. dat.* generatim de omnibus, qui in ea causa sunt, ut superesse rebus suis non possint in *l.* 12. *eod. tit.* De cæcis nihil cautum: quippe qui rei suæ familiari, si nihil aliud impediat, satis bene præesse possint.

(1) *D. l.* 13.

TEXTUS.

De pupillis.

5 *Interdum autem et pupilli curatores accipiunt, ut puta si legitimus tutor non sit idoneus: quoniam habenti tutorem tutor dari non potest. Item si testamento datus tutor, vel à Prætore, aut Præside, idoneus non sit ad administrationem, nec tamen fraudulenter negotia administret, solet ei curator adjungi. Item loco tutorum, qui non in perpetuum, sed ad tempus à tutela excusantur, solent curatores dari* (1).

COMMENTARIUS.

1 (*Habenti tutorem tutor dari non potest*). Regula juris civilis passim in hoc argumento tradita, *l.* 27. *de test. tut. l.* 6. *C. qui per tut. etc.* Cujus vera ratio est, quæ à Wesembecio

redditur, quod cum tutor personæ pupilli, et universo ejus patrimonio datus intelligatur, §. 17. *infr. de excus.* hoc jus ei invito, quandiu tutor manet, sine injuria adimi, aut minui non possit, apposito alio tutore. Curator autem recte adjungitur juvandi et sublevandi tutoris causa, et volenti ac petenti item tutor. Cæterum hæc regula non unam patitur exceptionem. Nam loco tutoris impediti, nonnunquam tutor, nonnunquam curator dari dicitur. Existimo Prætorem pro qualitate morbi tutoris, aut diuturnitate absentiæ, modo tutorem, modo curatorem dedisse, veteresque hisce nominibus promiscue sæpe usos.

2 (*Nec tamen fraudulenter*). Nam fraudulenter in re pupilli versanti, non curator adjungitur, sed tutela interdicitur, *l. 6. Cod. de suspec. tut.* §. *ult. infr. eod.* Hæc autem clausula in legitimo tutore omissa est, cujus existimationi propter necessitudinem parcitur, etiamsi quid forte peccaverit; et curator ei potius adjungi solet, quam ut notata fide à tutela removeatur, *l. 9. de suspec. tut.*

3 (*Sed ad tempus*). Quod Reipublicæ causa absint, *l. 15. de tut. dat.* aut ob aliam necessariam aut justam causam, *l. 16. eod.* In ejus autem locum, qui in perpetuum excusatur, alius tutor sufficitur *l. 11. §. 1. de test. tut. l. 1. C. in quib. cas. tut. hab.*

TEXTUS.

De constituendo actore.

6 *Quod si tutor vel adversa valetudine, vel alia necessitate impediatur, quominus negotia pupilli administrare possit, et pupillus vel absit, vel infans sit; quem velit actorem periculo ipsius tutoris Prætor, vel qui provinciæ præerit, decreto constituet* (1).

COMMENTARIUS.

1 Non semper ex causis, quas diximus, tutori curator à Magistratu additur: sed solet decreto Prætoris actor constitui periculo tutoris, quotiescunque aut diffusa negotia sunt, aut dignitas, vel ætas, aut valetudo tutoris id postulat, *l. 24. de adm. tut.* quem adjutorem tutelæ appellat Pomponius *l. 13. §. 1. de tutel.* Curator quoque ex iisdem causis similiter actorem dat, *l. unic. C. de act. à tut. seu cur. dand.*

2 (*Vel absit, vel infans sit*). Nam si præsens sit, et fandi potens, nihil necesse est Prætorem adire actoris decreto constituendi causa, cum pupillus ut dominus, auctore tutore, procuratorem constituere possit, *d. l. 24. de adm. tut. l. 11. C. de proc.*

3 (*Periculo ipsius tutoris*). Hoc ideo, quia is, qui nominat, idoneum esse promittere videtur, arg. *l. 1. de Mag. conv. l. 4. §. 3. de fidejuss. et nominat.*

(1) *L. 96. tit. 18. P. 3.*

4 (*Constituet*). Id est, decernet editum, et nominatum à tutore, et ob hanc causam etiam periculo tutoris.

TITULUS VIGESIMUSQUARTUS.

DE SATISDATIONE TUTORUM VEL CURATORUM.

D. Lib. 27. *Tit.* 7. *Cod. Lib.* 5. *Tit.* 57. (1).

1 Hactenus dictum est de tutoribus, et curatoribus distincte et separatim, expositumque, quæ tutelæ, quæ etiam curæ sunt propria. Quæ nunc sequuntur, satisdatio, excusatio, suspecti accusatio, et remotio promiscua sunt, et utriusque muneris communia. Quamobrem quæ forte de uno genere brevitatis causa dicimus, ea de altero quoque intelligenda sunt. *Hic* autem *titulus* quamvis simplicem inscriptionem, duo tamen capita habet; unum est de satisdatione à tutoribus in præparatione ad officium exigenda, cui respondet titulus in *Pand. rem. pup. sal. for.* alterum de Magistratibus in subsidium conveniendis, de quo *tit. Pand. et C. de Mag. conv.*

2 Præter satisdationem aliæ res à tutoribus et curatoribus exiguntur, quæ *hic* omissæ: nimirum ut repertorium seu inventarium rerum pupillarium conficiant, *l. 7. de adm. tut. l.* 24. *C. eod.* (2). Deinde ut jurent se res gesturos, ex fide ad pupillorum utilitatem *nov. 72. cap. ult.* unde *authent.* Quod generaliter *C. de curat. furios.* (3). Ad hæc pro officio administrationis bona tutoris pupillo tacite pignori sunt obligata, *l.* 20. *C. de adm. tut.* (4). Postremo tutori non licet bona pupilli immobilia, aut ex mobilibus, quæ servando servari possunt, sine cognitione et decreto Judicis alienare, *l.* 22. *C. de administr. tut.* (5).

3 " Quia vero tutorum officium nimis est onerosum, ipsis
" Jura Hispana concedunt partem decimam fructuum, sive red-
" dituum ex bonis pupilli obvenientium, *l.* 2. *tit.* 7. *lib.* 3. *Fori Regii*, de qua vide Gasparem

(1) *Tit.* 16. *P.* 6.
(2) *L.* 15. *eod.*
(3) *L.* 9. *tit.* 16. *P.* 6. *vers.* E sobre todo.
(4) *L.* 23. *tit.* 13. *P.* 5. *vers.* E aun decimos.
(5) *L.* 18. *tit.* 16. *P.* 6. *l.* 4. *tit.* 5. *P.* 5. cum *gloss.* 3. *ejusd.*

„Baeza in opere *de decima tuto-„ri Hispano jure præstanda*, et Joann. Gutierr. *de tutel. part.* 3.

TEXTUS.

Qui satisdare cogantur.

Ne tamen pupillorum pupillarumve, et eorum, qui, quæve in curatione sunt, negotia à curatoribus, tutoribusve consumantur, vel diminuantur: curet Prætor, ut et tutores et curatores eo nomine satisdent (1). *Sed hoc non est perpetuum, nam tutores testamento dati satisdare non coguntur; quia fides eorum et diligentia ab ipso testatore approbata est. Item ex inquisitione tutores vel curatores dati satisdatione non onerantur: quia idonei electi sunt.*

COMMENTARIUS.

1 (*Eo nomine satisdent*). Satisdare proprie est: *Fidejussoribus datis cavere*, *l.* 1. *qui satisd. cog.* Itaque satisdare tutelæ, aut curæ nomine est: *Stipulanti pupillo, vel adolescenti, sive alii, cui de ea re stipulandi jus est, promittere, se pupillum, vel adolescentem indemnem præstaturum, datis in eam rem fidejussoribus, qui, quod tutorem ex ea causa prestare oportebit, spondeant*: unde hæc cautio dicitur satisdatio de indemnitate pupilli vel adolescentis, et passim satisdatio rem pupilli, vel adolescentis salvam fore. Si plures fidejussores à tutore dati sunt, singuli in solidum tenentur, et conveniri possunt; neque beneficium divisionis, quod cæteri fidejussores ex epistola D. Hadriani habent, de quo *infra* in §. 4. *de fidejuss.* ad fidejussores tutoris pertinet, *l. ult. rem. pup. salv. for.*

2 (*Sed hoc non est perpetuum*). Hoc adeo perpetuum non est, ut exceptiones latius patere non videantur, quam ipsa regula: nullum enim genus tutorum est, in quo non aliqui satisdandi lege soluti sint: testamentarii in universum, *l.* 17. *de test. tut. l.* 3. *et* 4. *C. de tutel. vel cur. qui sat. non ded.* Ex legitimis eximuntur patroni, eorumque liberi, *l.* 5. §. 1. *de leg. tut.* Ex dativis, qui dantur ex inquisitione, *hoc textu et l. pen. C. d. tit.* ¿At cur hos omnes à satisdatione immunes esse placuit contra utilitatem, ut videtur, pupillorum? Respondemus, nihil hic fieri contra utilitatem pupillorum: tantum ubi illis satis bene prospectum esse creditur, incivile visum est, satisdationem exigi, virisque spectatæ fidei ac diligentiæ hoc onus imponi. Tales autem habendi sunt, qui vel testamento, vel ex inquisitione dantur, ob causas, quas mox exprimit Justinianus. Patrono autem, liberisque ejus etsi satisdatio remittitur, id tamen non fit nisi causa cognita, *d. l.* 5. §. 1. *de leg. tut.* Parentem autem manumissorem vel maxime hac lege solutum esse convenit.

3 (*Tutores testamento dati*).

(1) *L.* 9. *d. tit.* 16. *P.* 6. *l.* 94. *tit.* 18. *P.* 3.

Extra quam si facultatum dati à patre tutoris facta sit diminutio, vel morum ante celata aut ignorata emerserit improbitas, vel inimicitiæ cum patre exarserint, *l.* 4. *de test. tut. l.* 8. cum *duab. seqq. de conf. tut.* Tutores quoque, qui non legitime testamento dati, aut omnimodo, aut ex inquisitione confirmandi sunt, satisdatione non onerantur; cæteri satisdant, *l.* 1. §. 2. et *aliquot ll. seqq. d. tit.* 1. §. *ult. sup. de tut.*

5 (*Ab ipso testatore approbata*). Quippe parentes nemini tutelam liberorum suorum committere solent, nisi ei, cujus benevolentia, fides, ac diligentia eis satis cognita perspectaque sit, *l.* 36. *de excus.* ut merito paternum testimonium pro satisdatione sufficere debeat, *l.* 27. *C. de episc. aud. l. ult.* §. 5. *C. de cur. fur.*

5 (*Quia idonei electi*). Quam ob causam fidem inquisitionis pro vinculo cautionis cedere, Papin. scripsit *l.* 13. *in fin. de tut. et cur. dar.*

6 "In Hispania nihil expresse sancitum invenitur, circa satisdationis necessitatem imponendam, vel remittendam tutoribus testamento datis. Cæterum quia *l.* 94. *tit.* 18. *P.* 3. *et l.* 9. *tit.* 16. *P.* 6. quæ tutoribus hujusmodi necessitatem injungunt, de legitimis duntaxat loquuntur, probabilius videtur, testamentarios ex sententia *dd. ll.* ab hoc onere esse immunes. Idemque confirmat particula adversativa *Pero*, quæ principium est *vers.* loquentis de satisdatione in *d. l.* 9. Vide Greg. Lop. in *glos.* 5. *ejusd. l.* 9. ubi etiam probat juris Romani placita in hoc argumento de patrono, ejusque liberis, et tutoribus ex inquisitione datis, dicens tamen, in praxi ab omnibus dativis satisdationem exigi. Quod attinet ad matrem et aviam quibus tutela defertur, deficientibus tutoribus testamentariis, ordine successivo, id est, prius matri, et postea aviæ, volunt Asso, et de Manuel in *suis Inst. Castellæ lib.* 1. *cap.* 3. *vers.* Como, eas satisdandi oneri non adstringi, ex *d. l.* 9. *tit.* 16. *P.* 6. Cæterum longe probabilior est contraria sententia, quam tuentur Greg. Lop. in *gloss.* 8. *ejusd. l.* 9. et Gutier. *de tutel. part.* 1. *cap.* 12. *n.* 16. ea nixi ratione, quod licet *laudata l.* 9. id non requirat specialiter in matre et avia, requirit tamen indiscriminatim in tutoribus legitimis, mater autem et avia legitimæ tutrices sunt, vel saltem legitimis annumerandæ, si earum tutelam anomalam appellare placet, ut eam nonnulli vocant. Vide Gutier. *laudato num.* 16. ubi late et docte hanc quæstionem examinat."

TEXTUS.

Quatenus satisdatio de iis, qui satisdare non compellantur, locum habere possit.

1 *Sed si ex testamento, vel inquisitione duo pluresve dati fuerint; potest unus offerre satisdationem de indemnitate pupilli, vel adolescentis, et contutori suo, vel*

concuratori præferri, ut solus administret: vel ut contutor, aut concurator satis offerens præponatur ei, ut et ipse solus administret. Itaque per se non potest petere satisdationem à contutore vel concuratore: sed offerre debet, ut electionem det concuratori, vel contutori suo, utrum velit satis accipere, an satisdare (1). *Quod si nemo eorum satis offerat, siquidem adscriptum fuerit à testatore, quis gerat; ille gerère debet: quod si non fuerit adscriptum, quem major pars elegerit, ipse gerere debet, ut edicto Prætoris cavetur. Sin autem ipsi tutores dissenserint circa eligendum eum, vel eos, qui gerere debent; Prætor partes suas interponere debet. Idem et in pluribus ex inquisitione datis comprobandum est; id est, ut major pars eligere possit, per quem administratio fiat.*

COMMENTARIUS.

1 *Hic locus* exceptionem quandam continet eorum, quæ de tutoribus testamento, aut ex inquisitione datis satisdatione non onerandis initio dicta sunt; nam etsi directo ab his satisdatio exigi non potest; si tamen plures sunt hujusmodi tutores, provocatione unius fieri potest, ut cæteri satisdationi subjiciantur, si huic parato satisdare, administrationem committi nolint. Id quod summa ratione à Prætore introductum est. Nam cum periculum, administratione non divisa, commune sit omnium tutorum, et quod culpa unius male gestum est, alios quoque oneret, *l. 6. in fin. C. arb. tut. l. pen. C. de div. tut.* æquissimum est, ut ei, qui hoc incommodum metuit, soli administratio permittatur, satisdationem ad securitatem collegarum offerenti: aut si ipsi administrare malint, eadem conditione administrent, collegamque suum, qui satis obtulit, præstita cautione, itidem securum reddant. Porro quoniam tutela non tam commode à pluribus, quam ab uno administrari solet (quippe plures ad administrationem admissi sæpe dissensione aut æmulatione se invicem impediunt; sæpe etiam, ut ait Aristot. 2. *Pol.* mutua præsumptione et fiducia operæ alterius omnes cessant; utique unus facilius et actiones exercet et excipit): curæ Prætori fuit, ut quoad fieri posset, in paucos, vel unum potius tutelam derivaret, quam ut ea per multos spargeretur, *l. 3. §. 6. de administ. tut.*

2 Hujus autem rei causa grádus complures Prætor fecit, quorum ordinem et numerum *hic* demonstrat Justinianus. Primus est, ut ei, qui ex pluribus satisdationi non obnoxiis satisdationem offert, gestio committatur, *l. 17. de tes. tut.* Proximus: si nemo satis offerat, ut ei committatur, quem testator gerere voluit, cui male primum locum defert Hotomanus, *d. l. 3. §. 1. de adm.*

(1) *L. 11. tit. 16. P. 6.*

tut. l. 14. §. 1. *de solut.* Tertius: si testator neminem designavit, ut is administret, quem major pars collegarum elegerit, *d. l.* 3. §. *si non* 7. *d. l.* 14. §. 1. Quartus: si collegæ inter se dissentiant, ut tum Prætor partes suas interponat, et causa cognita, ipse statuat, quis tutelam gerere debeat, *dd. ll.* Sorte hic rem dirimi non placuit, quia vertitur præjudicium alterius, Glossa in verb. *partes.* Enimvero hæc ita obtinent, ubi de tutelæ administratione uni, aut paucis committenda agitur: nam si omnes gerere velint, aut tutelam inter se dividi, vel in partes, vel in regiones, audiendi sunt; ne inviti alienum periculum subire cogantur, *d. l.* 3. §. *pen. et ult.* cum *l. seq. de adm. tut.* Idemque dicendum, si omnes parati sint satisdare, *d. l.* 17. *de test. tut.* ut tamen maxime idoneum Prætor eligere possit, *l.* 18. *d. tit.* (1). Porro nec judicium testatoris semper in hac re statur; nec satis offerens semper præfertur ob causas, quas affert Ulp. *d. l.* 3. §. 3. *de adm. tut. d. l.* 17. §. 1. *et* 2. *de test. tut.*

3 (*Per se non potest petere*). Dativus, vel testamentarius tutor sive curator à collega suo satis petere non potest: sed offerre ei debet, utrum satis accipere velit, an dare, *l.* 7. *rem pup. salv. for.* scilicet ita: aut satisda, aut satis accipe.

4 (*In pluribus ex inquisitione*). Ex interpretatione videlicet edicti, et oratione DD. Fratrum: siquidem verba edicti ad testamentarios tantum pertinent, *l.* 19. §. 1. *de test. tutel.* Illud hic prætereundum non est: etiamsi uni administratio decernatur, non idcirco tamen honorarios tutores, id est, eos, qui non administrant, per omnia immunes esse à periculo tutelæ; sed excussis prius facultatibus ejus, qui gessit, etiam hos conveniri posse; quippe quorum munus sit, observare actus tutoris gerentis, rationes inspicere, et male versantem suspectum facere, *d. l.* 3. §. 2. *de administr. tut.*

(1) *D. l.* 11. *tit.* 16. *P.* 6.

TEXTUS.

Qui ex administratioue tutelæ, vel curationis tenentur.

2 *Sciendum autem est, non solum tutores, vel curatores pupillis, vel adultis, cæterisque personis ex administratione rerum teneri; sed etiam in eos, qui satisdationem accipiunt, subsidiariam actionem esse, quæ ultimum eis præsidium possit afferre. Subsidiaria autem actio in eos datur, qui aut omnino à tutoribus, vel curatoribus satisdari non curaverunt, aut non idonee passi sunt caveri. Quæ quidem tam ex prudentum responsis, quam ex constitutionibus imperialibus etiam in hæredes eorum extenditur.*

COMMENTARIUS.

1 Pars *hujus tituli* altera in qua agitur de actione subsidiaria, quæ pupillis vel adultis cæterisque personis tanquam ultimum præsidium datur adversus Magistratus, qui satisdationem exigere debent. Unde apparet, huic actioni locum non esse, ubi testamento, vel ex inquisitione dati sunt tutores: sed usum ejus esse posse in legitimis tantum, aut simpliciter datis, quos solos satisdationi obnoxios esse diximus.

2 (*Subsidiariam actionem*). Quæ ex re ipsa hoc nomen accepit, quia in subsidium pupillis datur, si à tutoribus, eorumve fidejussoribus suum consequi nequeant, ut hæc actio ultimum eis sit perfugium, et tanquam sacra anchora; *l.* 4. *et* 5. *C. de Mag. conv.*

3 (*Non idonee passi sunt caveri*). Quoties vitiose cautum est, non videtur cautum, *l. 6. qui satisd. cog.* Atque hic notant, paria esse, utrum quid non fiat, an non debito modo. Sed hoc interest, quod ubi omnino cautum non est, statim Magistratus conveniri possunt; ubi cautum est, licet non idonee, fidejussorum bona prius excutienda sunt, quam ad Magistratus veniatur.

4 (*In hæredes*). Non tamen similiter tenentur hæredes Magistratuum, ut ipsi Magistratus: nam nec hæres tutoris negligentiæ nomine tenetur. Magistratus quidem in omne periculum succedit; hæres ipsius doli tantum, et dolo proximæ culpæ succedaneus est, *l.* 4. *de Mag. conv. l.* 2. *C. eod.*

TEXTUS.

Si tutor vel curator cavere nolit.

3 *Quibus constitutionibus et illud exprimitur, ut nisi caveant tutores, et curatores, pignoribus captis coerceantur.*

COMMENTARIUS.

1 (*Pignoribus captis*). Pignora ideo dicuntur, quia aliquandiu, et donec aliquid fiat, retinentur; eaque pars fuisse videtur multæ dictionis. Quod si in contumacia non cavendi tutores perseverent, removendi à tutela ut suspecti, *l.* 3. *C. de susp. tut.*

TEXTUS.

Qui dicta actione non tenentur.

4 *Neque autem Præfectus urbi, neque Prætor, neque Præses provinciæ, neque quisquam alius, cui tutoris dandi jus est, hac actione tenebitur: sed hi tantummodo, qui satisdationem exigere solent.*

COMMENTARIUS.

1 (*Qui satisdationem exigere solent*), Ut Magistratus, et defensores civitatum, Theoph. Item Scriba Præsidis vel Prætoris, *l. ult. C. eod.*

2 " In Hispania mos est, ut „cum Judex fidejussores dari à „tutoribus jubet, decreto exprimat eos judicio, et periculo Scribæ, qui acta conficit, dari; quo „peracto, Scriba qui illos probat, „tanquam anchora est Judicis, „qui ab eo repetet mandati actione id quod conventus solverit."

TITULUS VIGESIMUSQUINTUS.

DE EXCUSATIONIBUS TUTORUM VEL CURATORUM.

D. Lib. 27. *Tit.* 1. *C. Lib.* 5. *Tit.* 62. (1).

1 Tractationem de excusationibus, suspectis tutoribus in prostremum hunc locum rejecit Justinianus, cum ageret de modis, quibus tutela finitur, §. *ult. supr. quib. mod. tutel. fin.* Agit *hoc tit.* de excusationibus, *sequenti et postremo* de suspectis. Utrumque autem etiam hoc argumentum promiscuum est, atque ex æquo ad tutores et curatores pertinet. Excusatio nihil aliud est, quam: *Justæ causæ apud Magistratum allegatio ad obtinendam à tutela, sive delata, sive suscepta immunitatem.* Ajo, *sive delata, sive suscepta* (2). Nam excusationum usus est et ante, et post susceptam administrationem, ut ex sequentibus apparebit. Ajo, *justæ causæ.* Nam nisi excusatio justa atque ad eam rem constituta causa nitatur, non est audienda. Etenim tutela munus publicum est, cujus ea conditio, ut id, nisi justa causa afferatur, neque delatum detractari, neque susceptum deponi possit, *l.* 3. §. 1. *et* 4. *l.* 6. *de mun. et hon. l.* 1. *et passim. de vac. mun.* Causæ excusationum variæ sunt: *hic* octodecim fere enumerantur, plures in *Pand.* et *C. hoc tit.* Atque earum omnium quædam certæ sunt, et legibus ita definitæ, ut simpliciter sint recipiendæ; cujusmodi sunt numerus liberorum, administratio fisci, absentia Reip. causa &c. aliæ arbitrariæ, quæ causa cognita, à Magistratu vel recipi, vel rejici possunt; quales sunt verbi causa, paupertas, adversa valetudo, imperitia litterarum.

2 Insuper aliæ sunt voluntariæ, aliæ, necessariæ. Illæ volentes se excusare liberant; hæ etiam volentes removent, ita ut etsi velint nequeant tutores esse. Primi generis sunt numerus liberorum,

(1) *Tit.* 17. *P.* 6.

(2) *L.* 1. *eod.*

aut tutelarum aliæque; secundi inimicitiæ capitales, militia, et aliæ; quæ si proprie loqui volumus, potius impedimenta, quam excusationes dicendæ: eas tamen ipsæ leges appellant excusationes: de quibus vide ea quæ dicimus §. 19. *hoc tit.*

3 "In Hispania cognati qui „ad legitimam tutelam vocantur, „possunt pro suo libito tutores „non esse, quin ipsis necessaria „sit ulla excusationis causa, *l.* 2. „*tit.* 16. *P.* 6. *vers.* La tercera, „*l.* 12. *in pr. eod.* quod jure Roma-„no constitutum non invenimus."

TEXTUS.

De numero liberorum.

Excusantur autem tutores, et curatores variis ex causis: plerumque tamen propter liberos, sive in potestate sint, sive emancipati. Si enim tres liberos superstites Romæ quis habeat, vel in Italia quatuor, vel in provinciis quinque, à tutela, vel cura potest excusari, exemplo cæterorum munerum: nam et tutelam, et curam placuit publicum munus esse. Sed adoptivi liberi non prosunt: in adoptionem autem dati naturali patri prosunt. Item nepotes ex filio prosunt, ut in locum patris sui succedant: ex filia non prosunt. Filii autem superstites tantum ad tutelæ, vel curæ muneris excusationem prosunt: defuncti autem non prosunt. Sed si in bello amissi sunt, quæsitum est, an prosint. Et constat, eos solos prodesse, qui in acie amittuntur. Hi enim, qui pro republica ceciderunt, in perpetuum per gloriam vivere intelliguntur.

COMMENTARIUS.

1 (*Propter liberos*). Romanis studium fuit, ad matrimonia omnibus modis invitare, quod publice interesse credebant, justa sobole repleri civitatem; quam ob causam et pœnis cælibes, et maritos, qui liberos suscepissent, præmiis affecerunt: quod effectum maxime legibus Juliis de maritandis ordinibus, et lege Papia Poppæa, de quibus Cujac. ad *l.* 2. *hoc tit.* Lipsius in *comm. ad* 3. *annal. ad verba Taciti, de moderanda Papia Poppea.* Hotom. in *descriptione legum Rom.* Inter hæc præmia immunitas fuit à muneribus civilibus, *l.* 1. *pr. l.* 2. *de vac. mun.* ac proinde etiam à tutela et cura, *l.* 2. §. 2. *hoc tit. l.* 1. *C. qui num. lib.*

2 (*Sive emancipati*). Filii emancipati prosunt, *l.* 2. §. 3. *hoc tit. l.* 2. §. 5. *de vac. mun.* quippe hæc immunitas non tam propter onus domesticum educationis liberorum conceditur, ut vulgo existimant, quam ut præmium et remuneratio propagationis. De jure trium liberorum vid. Duar. I. *disp. anniver. cap.* 40. et multo accuratiorem M. Vertran. Maurum *de jure lib.*

3 (*Exemplo cæterorum munerum*). Personalium nimirum: nam à patrimonialibus muneribus, quæ rerum et possessionum proprie onera sunt, numerus liberorum non excusat, *l.* 2. §. 4. *l.* 10. et

seq. de vac. mun. neque ab honoribus muneribusque his cohærentibus, *d. l.* 2. §. 1. nisi major sit, videlicet sexdecim liberorum, *l.* 5. §. 2. *de jur. imm.* aut minimum duodecim, *l.* 24. *C. de decur.* quo tamen loco pro 12. substituendum esse 16. existimat Cujac.

4 (*Publicum munus*). Tutela proprie non est munus publicum: neque enim rem publicam, sed privatam pupilli tutor tractat: nec Reip. pecuniariter interest, pupillis tutores dari, *l.* 2. §. *pen. ad municip.* sed per consequentias, et improprie loquendo: quia ad curam publicam pertinet, orbos ac pupillos tueri ac defendere, *l.* 2. §. 2. *qui pet. tut.* Hinc facile intelligitur, cur Modest. neget, tutelam esse munus Reip. *l.* 6. §. 15. *hoc tit.* ¿At quid si dicamus, ideo tutelam appellari munus publicum, quia cuivis è populo non secus ac cætera munera publice injungi potest?

5 (*Adoptivi liberi non prosunt*). Quod et generaliter traditum est, *d. l.* 2. §. 2. *de vac. mun.* Et ratio est, quia hæc beneficia patribus data sunt, qui numero civium Remp. auxerunt. Meminit Tacitus 15. *annal. cap.* 19. senatusconsulti facti tempore Neronis, quo cautum erat: *Ne liberi adoptivi ad præmia patrum prodessent.*

6 (*Nepotes ex filio prosunt*). Scilicet demortuo, *l.* 2. §. 7. *hoc tit.* Quod si plures sint ex uno filio nepotes, non singuli singula capita constituunt, sed unum universi; patremque omnes simul repræsentant, *d. loc.* quod et in cæteris muneribus obtinet, *l.* 3. *C. de his qui num. lib.*

7 (*Ex filia non prosunt*). Nam quia in avi materni potestate non sunt: nam nec emancipati, nec in adoptionem dati, in potestate patris manent, quos tamen prodesse constat; sed quia duobus prodesse non debent: prosunt autem patri suo, aut avo paterno; *l.* 2. *C. qui num. lib.*

8 (*Superstites*). *L.* 2. §. 4. *hoc tit.* quippe hi soli Reipub. usui sunt. Defuncti non prosunt: præterquam bello amissi, *d. l.* 2. Quod Ulp. *l.* 18. *hoc tit.* et Justinianus *hic*, de iis accipi volunt, qui in acie, seu in prælio amissi sunt, propterea quod hi pro Rep. cecidisse intelligantur, et in perpetuum per gloriam vivere. De iis, qui pro patria mortem oppetunt, præclare M. Tullius *pro Plans. cap.* 37. *et Philip.* 9. *cap.* 2. Liv. *lib.* 25. *cap.* 38.

9 "In Hispania qui habet „quinque filios superstites, excu„satur à tutela: uti etiam si ali„qui ex eis in acie perierunt, „*l.* 2. *tit.* 17. *P.* 6. et insuper, „qui sex masculos superstites si„mul habuerit, immunis fit ab „aliis etiam oneribus, etsi aliquis „eorum postea decesserit, *l.* 7. „*tit.* 2. *lib.* 10. *Nov. Recop.* qua „lege idem privilegium concedi„tur illis, qui quartum annum à „nuptiis ab ipsis contractis nu„merandum non sunt egressi; illi „vero qui intra secundum con„sistunt, immunes amplius ab „omnibus tributis pronuntiantur, „in *d. l.* 7. Vide Retes late eam

"explicantem *lib. 7. opusc. c. 4.*"

TEXTUS.

De administratione rei fiscalis.

1 *Item D. Marcus in semestribus rescripsit, eum, qui res fisci administrat, à tutela, et cura, quandiu administrat, excusari posse* (1).

COMMENTARIUS.

1 (*In semestribus*). Crebra est semestrium D. Marci in libris nostris mentio. Auctor est Suetonius in *Aug. cap. 35.* Augustum semestria senatorum aliquot concilia sibi instituisse, cum quibus de negotiis ad frequentem Senatum referendis ante tractaret. Dion. *lib. 35.* scribit, ex reliquo numero Senatorum quindecim ad hoc sorte lectos esse, quod exemplum Marcus secutus videtur. Vide Pet. Fab. in *præfat. semestr.*

2 (*Res fisci*). Vel etiam rem privatam Principis, *l. 41. hoc tit.* Huc referunt et exactores tributorum, *l. 10. C. eod.* colonos patrimoniales, *l. ult. C. qui dar. tut.* cæterosque, quibus Princeps curam alicujus rei injunxit, *l. 22. §. 1. l. 30. eod.*

TEXTUS.

De absentia Reipublicæ causa.

1 *Item, qui Reipublicæ causa absunt, à tutela, vel cura excusantur. Sed etsi fuerint tutores, vel curatores dati, deinde Reip. causa abesse cœperint, à tutela, vel cura excusantur, quatenus Reip. causa absunt: et interea curator loco eorum datur: qui si reversi fuerint, recipiunt onus tutelæ: nam nec anni habent vacationem, ut Papinianus libro quinto responsorum scripsit: nam hoc spatium habent ad novas tutelas vocati* (2).

COMMENTARIUS.

1 (*Reipubl. causa absunt*). *L. administrantes 41. §. 2. hoc tit.* Reip. causa abesse dicitur: *Qui publici alicujus muneris, vel officii causa, cui præsunt, ab urbe profecti sunt*, ut ex Modestino, Paulo, et Ulpiano discimus, *l. abesse 32. l. 35. l. 38. ex quib. caus. maj.* Horum duo sunt peculiaria: nam cum cæteri, qui propter solum officium, aut magistratum excusantur, susceptam tutelam deponere non possint, *§. seq.* eamque, à qua excusati erant, statim finito officio suscipere cogantur, arg. *§. præc. l. 22. §. 1. et d. l. 41. hoc tit.* utrumque contra est in his, qui Reipubl. causa absunt: nam à suscepta, quandiu Reipubl. causa absunt, excusantur: et si interim ad novam tutelam vocati fuerint, reversi anni habent vacationem (3), *hoc text. l. 10. eod.*

(1) *L. 2. tit. 17. P. 3.*
(2) *D. l. 2. tit. 17. P. 6.*
(3) *D. l. 2. tit. 17. P. 6.*

TEXTUS.

De potestate.

3 *Et qui potestatem aliquam habent, se excusare possunt, ut D. Marcus rescripsit: sed susceptam tutelam deserere non possunt* (1).

COMMENTARIUS.

1 *Potestatis* vocabulum apud nostros aliquando large accipitur, ut iis etiam attribuatur, qui cum Magistratus non sint, notionem tamen aut jurisdictionem aliquam habent, ut in edicto: *Quod quisque juris etc. l.* 1. §. 1. item in *l.* 3. §. *ult. de rec. arb.* Sæpe item hæc vox significat publicam illam jubendi ac coercendi auctoritatem, quæ Magistratuum est, sed omnium communis: ut idem sit Magistratus potestas, et imperium. Et hoc est, quod Paulus scribit, *l. potestatis* 215. *de verb. sign.* potestatis vocabulo imperium in persona Magistratuum significari: ac proinde in hac significatione verum est, etiam minores Magistratus imperium potestatemque habuisse. Nonnumquam etiam, per excellentiam, soli Magistratus majores imperium et potestatem habere dicuntur; minores sine imperio et potestate esse, *l.* 32. *de injur. l.* 2. *de in jus. voc.* Atque excellentiori hoc significatu *potestatis* verbum *hic* accipiendum esse, ex eo perspicuum est, quod Ædilitas municipalis à tutela non excusat, *l.* 17. §. 4. *hoc tit.*

TEXTUS.

De lite cum pupillo, vel adulto.

4 *Item propter litem, quam cum pupillo, vel adulto tutor, vel curator habet, excusari non potest, nisi forte de omnibus bonis, vel hæreditate controversia sit* (2).

COMMENTARIUS.

1 Justa causa excusationis non est, quod litem aliquam cum pupillo tutor habeat; sed si judicio agendum sit, quia tutor in rem suam auctor fieri non potest, curator interim ad hoc pupillo datur, qui judicio peracto curator esse desinit, §. *ult. de auct. tut.* At si de omnibus bonis, plurimave eorum parte, aut de hæreditate lis sit, æquum est, excusationem tutoris recipi, *l.* 20. *et l. seq. hoc tit.* Imo utile pupillo, etiam nolentem se excusare, à tutela removeri, *d. l.* 20. Non tamen in quavis disceptatione hæreditatis simpliciter, et sine cognitione causæ recepta fuisse videtur tutoris excusatio, arg. *l.* 16. *C. eod.* (3).

(1) *D. l.* 2.
(2) *D. l.* 2.
(3) *D. l.* 2. *tit.* 17. *P.* 6.

TEXTUS.

De tribus tutelæ, vel curæ oneribus.

5 *Item tria onera tutelæ non affectatæ, vel curæ, præstant vacationem, quandiu administrantur: ut tamen plurium pupillorum tutela, vel cura eorundem bonorum veluti fratrum, pro una computetur* (1).

COMMENTARIUS.

1 Nemo ita onerandus est alienis negotiis, ut sua ipsius negligere cogatur; ipsorumque pupillorum interest, tutorem non nimis multis negotiis implicari. Quamobrem placuit, tria onera tutelarum, vel tria onera curationum, vel tria onera permixtarum tutelarum et curationum quartæ tutelæ curationisve excusationem præbere, *l.* 2. §. *ult. et l. seq. hoc tit. unic. C. qui num. tut.* Sufficere item visum est, tria ejusmodi onera esse in una domo; hoc est, unam familiam tria onera tutelarum aut curationum sustinere: ac proinde, et tutelarum numerum, quas pater gerit, filio, et quas filius gerit, patri, et quas frater, fratri, qui in ejusdem patris potestate est, ad excusationem prodesse, *l.* 4. §. *ult. eod.* modo tutelæ, quas filii administrant, spectent ad periculum patris, *l.* 5. *eod.*

2 (*Non affectatæ*). Tutelæ affectatæ in numerum tutelarum non cedunt, *l.* 15. §. 15. *eod. d. l. un. qui num. tut.* Itaque sive quis lucrum captans ultro se tutelæ obtulit, sive tenuem susceperit, ut numerum trium expleret, à quarta non excusabitur, *d.* §. 15.

3 (*Quandiu administrantur*). Id enim maxime consideratur, in tantum, ut si aut priorum pupillorum ætas prope pubertatem sit, aut eorum, quorum ad tutelam nunc primum tutor vocatur, excusatio non detur, *l.* 17. *hoc tit.*

4 (*Pro una computetur*). Tria onera non ex numero pupillorum aut adolescentum computantur, sed ex diversitate patrimoniorum, rationumque et conficiendarum et reddendarum difficultate: nam si tres sint fratres consortes, hoc est, qui indivisum patrimonium habent, pro una tutela est: si tres dissortes, tres sunt tutelæ, *l.* 3. *d. l.* 31. §. *ult. hoc tit.* Idemque est et in aliis sive cognatis sive extraneis consortibus aut dissortibus, *d.* §. *ult.* Sed et contra, aliquando unius pupilli tutela ob eandem causam ad excusationem sufficere debet: si nimirum tam diffusa, negotiosa et molesta sit, ut pro pluribus cedat, *d.* §. *ult.* cujus rei disquisitio fere est in arbitrio Prætoris tutelaris, ut ex eodem loco intelligitur.

TEXTUS.

De paupertate.

6 *Sed et propter pauperta-*

(1) *D. l.* 2. *tit.* 17. *P.* 6.

tem excusationem tribui, tam Divi Fratres, quam per se Divus Marcus rescripsit, si quis imparem se oneri injuncto possit docere (1).

COMMENTARIUS.

1 Desumptus *hic locus* est ex *l.* 7. *et l.* 40. *hoc tit.* Est autem hæc excusatio ex iis quoque, quarum receptio, aut repudiatio pendet à Magistratu, cujus de ea re cognitio est. Nam qui hac excusatione utitur, docere debet, se imparem esse oneri injuncto, hoc est, tam tenuis et nullius fortunæ, ut vix sibi quærere possit vitæ necessaria: quod Judicem æstimare oportet.

2 (*Divi Fratres*). Marcus Antoninus Philosophus, et Ælius Verus, T. Antonini Pii filii, Hadriani nepotes, qui primi duo Augusti appellati, et fastis consularibus sic scripti sunt, auctore Spartiano in *Ælio vero*, *cap.* 1, Appellantur et fratres Imperatores, *l.* 33. *de pen. l.* 38. §. 4. *ad leg. Jul. de adult.* vid. Ant. Augustin. *lib. sing. de excus.* ad §. 18. *l.* 6. *hoc tit.* et Cujac. *ibid.* Obiter addo, Divos à Jurisconsultis appellari Imperatores, quia post obitum in deos relati erant ea solemnitate, quam scribit Herodian. *lib.* 3. postquam et templa iis constitui, ac sacerdotes et sodales creari, et ludi fieri, omnesque divini honores decerni solebant, ut ex Tacito, Tranquillo, Spartiano, Capitolino, aliisque id genus Auctoribus discimus.

(1) *D. l. 2. tit. 17. P. 6.*

TEXTUS.

De adversa valetudine.

7 *Item propter adversam valetudinem, propter quam ne suis quidem negotiis interesse potest, excusatio locum habet* (2).

COMMENTARIUS.

1 Et hæc causa ex earum genere est, quæ cognitionem Magistratus desiderant: neque enim quæcunque valetudo excusat, sed ea, quæ impedimento est, quominus quis suis rebus superesse possit, *l.* 10. *in fin. l. pen.* §. *ult. hoc tit. l. unic. C. qui morb.*

TEXTUS.

De imperitia litterarum.

8 *Similiter eos, qui litteras nesciunt, esse excusandos, D. Pius rescripsit; quamvis et imperiti litterarum possint ad administrationem negotiarum sufficere.*

COMMENTARIUS.

1 Litteras pro eruditione aut humanitate nonnunquam accipi, notum est. Proprie tamen litteræ elementa significant, ut in *l.* 11. §. 3. *de inst. act.* et alibi *passim*; hocque sensu eas Justinianus capit. Unde dum dicit excusandos esse, qui litteras nesciunt, earumve imperiti sunt, de illis ex-

(2) *D. l. 2.*

audiendus est, qui neque scribere, neque legere sciunt (1).

2 Hæc autem excusatio, etiam ut duæ superiores, ex earum genere est, quæ arbitriæ dicuntur, utpote ab arbitrio Magistratus pendentes, qui eas, causa cognita, vel rejicit vel admittit. Itaque si tutela diffussior est et negotiosior, quam ut ab imperito litterarum administrari possit, excusatio admittetur: nam ut memoriæ omnia credat, ab eo exigi non oportet, nec ut aliena opera utatur; quamvis ad res alias gerendas fuerit idoneus. At si tutela non sit magni patrimonii, atque alias satis expedita, cui gerendæ quilibet non hebeti ingenio sufficiat; nulla erit ratio, cur imperitus litterarum excusetur, si non expers negotiorum sit. Ita cape Paulum, dum in *l. 6. §. ult. hoc tit.* ait, imperitos non excusari.

TEXTUS.

De inimicitia patris.

9 *Item si propter inimicitias aliquem testamento tutorem pater dederit, hoc ipsum præstat ei excusationem; sicut per contrarium non excusantur, qui se tutelam administraturos patri pupillorum promiserant.*

COMMENTARIUS.

1 (*Propter inimicitias*). Quo molestiam exhibeat inimico, id est, ut subjiciatur litibus, et negotiis, *d. l. 6. §. 17. hoc tit.* nam si testator bona mente eum tutorem dedit, cui inimicu antea infensusque fuit; hoc ipso videtur facta gratiæ reconciliatio. Dicam plura *infra* §. 11.

2 (*Non excusantur*). Qui patri pupillorum tutorem se futurum promisit, nulla excusatione gaudet, quamvis alias excusare se jure possit, quasi excusationibus renuntiasse videatur, qui ita fidem suam obligavit, *l. 15. §. 1. hoc tit. l. 29. de test. tut.*

TEXTUS.

De ignorantia testatoris.

10 *Non esse autem admittendam excusationem ejus, qui hoc solo utitur, quod ignotus patri pupillorum sit, Divi Fratres rescripserunt.*

Textus hic clarus est.

TEXTUS.

De inimicitiis cum patre pupilli, vel adulti.

11 *Inimicitiæ, quas quis cum patre pupillorum, vel adultorum exercuit, si capitales fuerunt, nec reconciliatio intervenerit, à tutela, vel cura solent excusare* (2).

COMMENTARIUS.

1 Nunc de inimicitiis paulo pluribus, et distinctius agamus.

(1) *D. l. 2. tit. 17. P. 6.*

(2) *D. l. 2. tit. 17. P. 6.*

Ait, *inimicitias capitales, quas quis cum patre pupillorum exercuit, nisi intervenerit reconcilatio, solere excusare.* Inimicitias capitales intelligo quascunque graviores: *Quæ vel vitam, vel libertatem, vel existimationem petunt*, arg. *l. licet capitales* 103. *de verb. sign.* (1). Ait, *cum patre pupillorum.* Idem est, si pupillis ipsis vel adultis inimicus sit, *d. l.* 3. §. 12. *de susp. tut.* Ait, *nec reconciliatio intervenerit.* Reconciliatio aut aperte intervenit, ut si post ortas inimicitias in gratiam redierint; aut tacite, si eum, cui pater juste infensus antea erat, postea testamento suo tutorem scripserit: nam si hoc bono animo fecerit, non ut litibus eum implicaret, injuriam ei hoc ipso remisisse videtur, *l.* 6. §. 17. *hoc tit.* (2). Ait, *solent excusare*; et merito: nisi enim hujusmodi tutores et curatores ultro se excusent, inviti removentur, *d. l.* 3. §. 12. *de susp. tut.*

TEXTUS.

De status controversia à patre pupilli illata.

12 *Item is, qui status controversiam à patre pupillorum passus est, excusatur à tutela* (3).

COMMENTARIUS.

1 Si tutor status controversiam à patre pupillorum passus sit, id est, si eum pater in servitutem petierit, hoc par interdum, ac si capitis accusasset, *l.* 14. *ff. de bon. libert.* Is etiam excusatur à tutela, qui talem controversiam movet pupillo, serio et bona fide, non dedita opera, ne tutelam subeat, et calumniæ causa; quod ex rescripto Marci et Veri (ita legendum esse textus Græcus ostendit) proponitur in *l.* 6. §. 18. *hoc tit.*

TEXTUS.

De ætate.

13 *Item major septuaginta annis à tutela et cura se potest excusare. Minores autem viginti quinque annis olim quidem excusabantur: nostra autem constitutione prohibentur ad tutelam vel curam adspirare; adeo ut nec excusatione opus sit* (4). *Qua constitutione cavetur, ut nec pupillus ad legitimam tutelam vocetur, nec adultus; cum sit incivile, eos, qui alieno auxilio in rebus suis administrandis egere noscuntur, et ab aliis reguntur, aliorum tutelam vel curam subire.*

COMMENTARIUS.

1 Senes æque ac Magistratus veteres reveriti sunt, *l.* 5. *de jur. immun.* quæ reverentia consistebat

(1) *D. l.* 2.
(2) *Arg. l.* 22. *tit.* 9. *P.* 6.
(3) *D. l.* 2. *tit.* 17. *P.* 6. *in fin. l.* 1. *eod.*
(4) *L.* 2. *in fin. l.* 4. *tit.* 16. *P.* 6.

in assurgendo, in loco dando ac cedendo, domo deducendo ac reducendo, Juvenalis *satyr.* 13. *vers.* 54.

Credebant hoc grande nefas, et morte piandum
Si juvenis vetulo non assurrexerat.

Ad. Valer. *lib.* 2. *cap.* 1. Cicer. 1. *offic. cap.* 34. Gell. *lib.* 2. *cap.* 15. Fuit etiam venerabilis senectus excusatione honorum, et vacatione munerum personalium.

2 (*Major septuaginta annis*). In immunitatibus cœptus annus pro completo non habetur: quamobrem ad vacationem tutelæ non sufficit ingressum esse aut agere annum septuagesimum, sed egressum esse oportet, *l.* 2. *hoc tit. l.* 3. *de jur. immun* (1).

3 (*Nostra autem constitutione*). Constitutio Justiniani in *l. ult. C. de leg. tut.* quæ *hic* laudatur, loquitur duntaxat de tutoribus legitimis atque dativis. Quare poterunt etiam post illam minores vigintiquinque annis testamento tutores dari, eo effectu quem vidimus in §. 2. *qui testam. tutor. dar. poss.*

4 "Quod attinet ad Hispa-»niam, revise in *eod.* §. 2. *qui* »*test. tut. dar. poss.*"

TEXTUS.

De militia.

14 *Idem et in milite observandum est, ut nec volens ad tutelæ onus admittatur* (2).

COMMENTARIUS.

1 Milites armatæ militiæ ad instar minorum, ne volentes quidem ad tutelam aut curam gerendam admittuntur, *l.* 14. *C. qui dar. tut. l.* 8. *C. de legat.* ne videlicet propter privata negotia à numeris et signis avocentur: quam ob causam nec procuratores esse possunt, *l.* 8. §. 2. *de procur.* (3), nec aliena prædia conducere, *l.* 31. *Cod. de loc. et cond.* Quatenus veterani, hoc est, qui militia honeste dimissi, et sacramento soluti sunt, vacationem tutelarum habeant, copiose disputatur, *l.* 8. *et seqq. hoc. tit.*

2 Episcopi, et Monachi seu Regulares prohibentur quoque tutores et curatores esse, eadem pene ratione, qua milites prohibitos esse vidimus: Presbyteris vero, Diaconis, et Subdiaconis sæcularibus permittitur, tutelam et curationem legitimam jure cognationis ipsis delatam suscipere: ita tamen ut intra quatuor menses, ex quo vocati sint, id est, vocatos esse cognoverint, apud Judicem competentem declarent, se propria voluntate tutelæ administrationem suscipere, *nov.* 123. *cap.* 5. unde desumpta est, *auth.* Presbyteros *legi* 52. *C. de Episc. et Cler.* subjecta (4).

(1) *D. l.* 2. *tit.* 17. *P.* 6. *in fin.*
(2) *L.* 3. *tit.* 17. *P.* 6.

(3) *L.* 6. *tit.* 5. *P.* 3.
(4) *Lib.* 14. *tit.* 16. *P.* 6.

TEXTUS.

De Grammaticis, Rhetoribus. et Medicis.

15 *Item Romæ Grammatici, Rhetores, et Medici, et qui in patria sua has artes exercent, et intra numerum sunt, à tutela et cura habent vacationem.*

COMMENTARIUS.

1 Studiorum liberalium professores, Grammatici, Sophistæ, Rhetores, qui publice juventuti prosunt, item Medici, quemadmodum à reliquis muneribus, ita et à tutela et cura vacationem habent, *l.* 6. §. 1. *hoc tit.* et *tit. C. de profess. et Med. lib.* 10. Legum vero Doctores non habebant, exceptis iis, qui Romæ docent, *d. l.* 6. §. 12. Cæterum ex constitutione Constantini omnes habent, *l. 6. C. de profess. et Med.*

2 (*Qui in patria sua*). Professores, et Medici ita demum hac immunitate gaudent, si in patria sua doceant, aut medeantur; non in aliena. Est autem duplex patria: una propria sive originalis; altera communis, quæ est Roma, *l. Roma* 33. *ad municip.* Quamobrem qui Romæ docent, etiamsi Romani non sint, immunitatem habent, *l.* 9. *de vac. mun.* sive salariarii sint, sive non sint *l.* 6. §. *Romæ* 11. *hoc tit.* Atque hæc est conditio ad obtinendam immunitatem necessaria, *d. l.* 6. §. 9.

3 (*Intra numerum sunt*). Conditio altera; non aliter enim hac immunitate fruuntur magistri studiorum, quam si probati decreto ordinis, et numero constituto adscripti sint, *d. l.* 6. §. 4. *l.* 5. 7. *et* 8. *C. de profess.* Certus enim numerus eorum, qui vacationem haberent, in unaquaque civitate lege definitus erat, *d. l.* 6. §. 2. quem numerum excedere non licebat, *d. l.* 6. §. 3. nisi quis propter excellentiam præstantiamque doctrinæ immunitate supra numerum donaretur, *d. l.* 6. §. 10. Est et tertia conditio *hic* omissa, ut bene et sedulo suo munere fungantur, seque adolescentibus utiles præbeant; alioqui denuo ab ordine reprobari possunt, *d. l.* 6. §. 6. *l.* 2. *l.* 8. *C. de profess. l.* 11. §. 3. *de mun. et hon.* Colligunt hinc DD. studiosos, qui gnaviter litteris non incumbunt, etiamsi in catalogum relati sint, privilegiis scholarum gaudere non oportere cessante scilicet ratione inductiva privilegiorum.

4 "In Hispania legum Doctores non aliter excusationem habent, quam si Judices sint, vel Consiliarii Regii, *l.* 3. *tit.* 17. *P.* 6. ut in hoc deterioris conditionis sint, quam Grammatici et cæteri, de quibus in *textu*, Lopez *glos.* 6. *d. l.* 3. Et fortasse quia huic muneri aptiores sunt omnibus. In aliis vero, plurimis gaudent privilegiis, *l.* 8. *tit. fin. P.* 2. Grammatici autem, Rhetores, Philosophi, et Medici excusantur, quamvis non in patria, sed alibi, jussu tamen Regis, doceant, aut medeantur, *d. l.* 3. Et insuper prætereunda

»non est excusatio Romanis igno- »ta, quam *l.* 3. *titul.* 29. *l.* 7. »*Nov. Recop.* probat conceditque »eis qui duodecim equas habue- »rint fœturæ causa. *Lex* au- »tem 21. *tit.* 14. *eod.* irrita de- »clarat omnia rescripta plebejis »concessa, ut à tutela et cura im- »munes sint: addita ratione, quia »Regis servitio, aliorumque uti »litati præjudicant. Assentiri au- »tem non possum doctrinæ tradi- »tæ ab Asso, et de Manuel in »*suis Instit. lib.* 1. *cap.* 4. *vers.* »Se escusan, *laudatam*, nimirum »*legem* 21. ademisse plebejis ex- »cusationes recensitas in §§. 5. 6. »7. et 13. *hoc tit.* probatasque »in *l.* 2. *tit.* 17. *P.* 6. ob onus sci- »licet trium tutelarum, pauper- »tatem, imperitiam, et ætatem »majorem 70. annis: quia has et »cæteras *legibus nostris* concessas »expresse probat, *ibi*: No aque- »llos, que los derechos y leyes »de nuestros Reynos escusan de »tales cargos, y oficios.

TEXTUS.

De tempore, et modo proponendi excusationes.

16 *Qui autem se vult excusare, si plures habeat excusationes, et de quibusdam non probaverit, aliis uti intra tempora constituta non prohibetur. Qui autem excusare se volunt, non appellant; sed intra quinquaginta dies continuos, ex quo cognoverint se tutores vel curatores datos, se excusare debent, cujuscumque generis sint, id est, qualitercunque dati fuerint tutores; si intra centesimum lapidem sint ab eo loco, ubi tutores dati sunt* (1). *Si vero ultra centesimum lapidem habitant, dinumeratione facta viginti millium diurnorum, et amplius triginta dierum* (2): *qui tamen, ut Scævola dicebat, sic debent computari, ne minus sint, quam quinquaginta dies.*

COMMENTARIUS.

1 (*Aliis uti non prohibetur*). Ex Marciano *l.* 21. §. 1. *eod.* Est enim excusatio species quædam exceptionis; nemo autem prohibetur pluribus exceptionibus uti, *l.* 8. *de exceptionib. l.* 43. *de div. reg. jur.* Sed an qui plures excusationes habet, eas omnes simul proponere et contestari debeat, quæritur: et putat Gloss. hoc necesse non esse. Sed verius est, omnes initio contestari oportere, ne alioqui tutor negotii trahendi causa novas postea excogitet: et est textus in *l.* 13. §. 8. *hoc tit.* Omnibus autem propositis, vel unam probare sufficit ad victoriam.

2 (*Non appellant*). Hoc enim D. Marcus effecit. Nam cum antea non minus à delatione tutelæ, quam alterius muneris appellaretur, Marcus Antoninus tutelam à cæteris muneribus ita secrevit, ut tutor datus non amplius recta à datione provocaret; sed si quas

(1) *L.* 4. *tit.* 17. *P.* 6.

(2) *D. l.* 4. *tit.* 17. *P.* 6.

se habere putaret justas excusationis causas, eas intra præstituta tempora proponeret, quas si Judex rejecisset, tum demum licentiam appellandi haberet (1): qui vero ad alia munera vocarentur, illi non aliter quam olim, hoc est, quam appellatione interposita, allegare possint causas immunitatis suæ, *l.* 1. §. 1. *et* 2. *quando appell.* (2). Igitur loci, in quibus tutores dati provocasse proponuntur, ut in *l.* 4. *hoc tit.* aliisque *ll.* illi non sic accipiendi sunt, quasi ab ipsa creatione appellassent, sed á rejectione excusationis intra præstitutum tempus allegatæ.

3 Neque obstat quod Modest. scribit in *l.* 16. *hoc tit.* tutores etiam citra appellationem se excusare posse: aut quod idem Modest. ait *l.* 13. *eod.* et Impp. *l.* 18. *C. eod.* tutores datos non necesse habere, appellationem interponere, quasi si velint, adhuc provocare possint. Nam hujusmodi collectiones ut semper necessariæ non sunt, ita hæc minime hoc loco admittenda: Tutores necesse non habent appellare; ergo, si velint, possunt. Necesse enim non habent, ut olim ante constitutionem D. Marci, nunc ne possunt quidem, et frustra ante propositam et repulsam excusationis causam appellant, *d. l.* 1. §. 1. *quand. appel.* Qui locus tan clarus est, distinguens hac in parte tutelam ab aliis muneribus publicis, ad quæ vocatus contra privilegium illico appellat, ut ex eo alii loci omnes sint declarandi.

4 (*Ex quo cognoverint*). Quinquaginta dies continui excusationibus profitendis constituti tutoribus et curatoribus non cedunt ex quo dati sunt, sed ex quo cognoverint, se tutores vel curatores datos esse, *d. l.* 13. §. *6. l. 6. C. eod. l.* 3. *de verb. sign.* (3). Atque ex eo tempore si cessent, suo periculo cessant, *l.* 1. §. 1. *de adm. tut.* ut tamen iis ignoscatur, qui valetudine, aut vi tempestatis, aliave simili causa impediti, constituto tempore non venerint, *d. l.* 13. §. *si enim* 7. Porro nec antea quam à die cognitionis cedere existimo quatuor illos menses disceptando et finiendo excusationis negotio constitutos (4): ne alioqui contingat, ut prius finiatur tempus excusationis, quam incipiat; quod perquam esset absurdum. Nec est contrarium quod Paulus in *d. l.* 38. menses illos ex die nominationis numerat. Nam Paulo *eo loco* idem est dies nominationis, et cognitionis, quippe qui solum excludere vult tempus, quo allegata sit excusatio; quasi dicat, quatuor illos menses non currere à die propositæ excusationis, quod videri poterat, sed à die nominationis, cognitæ scilicet, non factæ, Ant. Fab. 1. *jurisprud. hoc tit. pr.* 1. *illat.* 7.

5 (*Intra centesimum lapidem*).

(1) *L.* 8. *tit.* 23. *P.* 3. *vers.* Mas si fuese.

(2) *D. l.* 8. *in princ.*

(3) *L.* 4. *tit.* 17. *P.* 6.

(4) *L.* 4. *tit.* 17. *P.* 6.

Ad professionem excusationis 50. dies dantur, si is, qui tutor datus est, sit in eadem civitate, vel intra centesimum lapidem: si ultra sit, ad veniendum dantur singuli dies in singula 20. millia, et præterea 30. dies (1); ita ut computatis itineris diebus, et illis triginta, tutor non pauciores habeat, quam quinquaginta; quod latius prosequitur Modestinus, *d. l.* 13. §. 1. *et seqq.* Obiter addo, lapidem pro milliario, sive mille passibus accipi, quæ appellatio inde manavit, quod singula milliaria positis singulis lapidibus, sive columnis lapideis spatiorum signa inscripta habentibus Tib. Grachus, autore Plutarcho in *Gracho pagin.* 838. distinxerat. Initium autem et finem omnes viæ Italiæ capiebant ab aurata illa columna, quæ Romæ in capite fori ad ædem Saturni posita erat, nimirum ab aureo illo urbis milliario monúmentis veterum tantopere nobilitato. Adiri ea de re debet Bergerius *de viis militar.* ubi hæc et alia plena manu seruntur.

TEXTUS.

De excusatione pro parte patrimonii.

17 *Datus autem tutor ad universum patrimonium datus esse creditur.*

COMMENTARIUS.

1 Arbitror cum D. Hotomano et Wesemb. *textum hunc* mutilum esse, et decerptum ex Marciano, *l.* 21. §. 2. *hoc tit.* Hoc autem indicare velle Justinianum, tutorem, qui pro parte bonorum se excusat, audiendum non esse; quippe qui non parti bonorum, sed universo patrimonio datus intelligatur: cujus regulæ exceptio traditur *d. l.* 21. nisi se excuset, ne ultra centesimum lapidem in aliena provincia tutelam gerat.

TEXTUS.

De excusationibus propriis curatorum. De tutelæ gestione.

18 *Qui tutelam alicujus gessit, invitus curator ejusdem fieri non compellitur; in tantum, ut licet paterfamilias, qui testamento tutorem dedit, adjecerit se eundem curatorem dare, tamen invitum eum curam suscipere non cogendum, Divi Severus et Antoninus rescripserunt* (2).

COMMENTARIUS.

1 Quæ præcedunt causæ excusationum, tutelæ cum curatione communes sunt: sequuntur duo propriæ curationis, quarum una proponitur *hic*, altera §. *seq.*

2 (*Curator ejusdem fieri non compellitur*). Romanis ad excusationem curationis adulti satis visum est, ejusdem pupilli tutelam gessisse, *l.* 20. *C. hoc tit.* Quasi

(1) *D. l.* 4. *vers.* E el Juez.

(2) *L.* 3. *tit.* 17. *P.* 6.

nimis durum sit, gemino unius personæ oneræ premi. Excipiunt veteres ob beneficium libertatis acceptæ libertum, quem patronus liberis suis tutorem et curatorem dedit, *l.* 5. *C. eod.*

TEXTUS.

De marito.

19 *Iidem rescripserunt, maritum uxori suæ curatorem datum excusare se posse, licet se immisceat.*

COMMENTARIUS.

1 Altera causa excusationis propria curationis in marito uxori suæ, puta minori 25. annis, aut mente captæ curatore dato.

2 (*Excusare se posse*). Sæpe nostri verbo excusandi abutuntur, eosque etiam excusari ajunt, qui tutores aut curatores esse non possunt; ut cum dicunt, inimicitias capitales præstare excusationem curationis, §. 11. *supr. l.* 6. §. 17. *eod.* patrui cum pupillo de hæreditate contendentis excusationem recipiendam, *l.* 20. *eod.* luminibus captum, mutum, surdum, furiosum excusationem habere, *l. un. C. qui morb.* Quos omnes tamen certum est, tutelam gerere non posse, *l.* 3. §. 12. *de suspect. tut. l. licet* 17. *C. hoc tit.* cujus eadem effectu species est cum ea, quæ *hic* proponitur: nihil enim refert, uxori maritus, an socer nurui curator detur. *Hoc* autem *loco* Justinianum verbo excusandi abusum esse, constat ex *l.* 2. *C. qui dar. tut.* item ex *l.* 14. *de cur. fur.* quæ aperte negant, maritum uxori curatorem creari posse. Quæ ideo moneo, ne quis putet in arbitrio mariti positum esse, aut se excusare, aut omissa excusatione curam uxoris suscipere: et in universum, ne quis credat, certum esse argumentum tutoris jure dati, quod excusationem habere dicatur.

3 (*Licet se immisceat*). Qui excusare se potest, is si neglecta excusatione se miscuerit administrationi, postea se excusare volens non auditur, quasi juri suo tacite renuntiaverit, *l.* 17. §. 5. *hoc tit. l.* 2. *C. si tut. fals. alleg.* sed hoc locum habet in iis, qui tutores aut curatores recte dati sunt, quorum etiam propria est excusatio: nam qui tutores aut curatores esse non possunt, etiamsi se immiscuerint, excusantur, aut removentur, *l.* 20. *hoc tit.*

4 "In Hispania doctrina *hu*-»*jus* §. stabilita fuit *l.* 3. *tit.* 17. »*P.* 6. Cæterum lege recentiore, »quæ est 7. *tit.* 2. *lib.* 10. *N. R.* »marito, qui 18. annum attige-»rit, conceditur administratio et »bonorum suorum, et eorum, »quæ uxoris sunt, et quidem quin »necesse habeat veniam ætatis »impetrare, quod favore matri-»monii lex constituit."

TEXTUS.

De falsis allegationibus.

20 *Si quis autem falsis allegationibus excusationem tutelæ meruerit, non est liberatus onere tutelæ.*

COMMENTARIUS.

1 Decretum, quo tutor falsis allegationibus usus, absolutus est, ipso jure nullum est, neque eum periculo tutelæ eximit, *l.* 1. *l. ult. C. si tut. fals. alleg.* quod favore pupillorum ita constitutum esse, credendum est. Nam regulariter sententia ex falsis allegationibus lata ipso jure non est nulla: sed adversus eam, si provocatum non sit, petenda est restitutio, arg. *l.* 33. *de re jud.* et *tot. tit. C. si ex fals. instr.* (1).

TITULUS VIGESIMUSSEXTUS.

DE SUSPECTIS TUTOR. VEL CURATORIBUS.

D. Lib. 26. *Tit.* 10. *Cod. Lib.* 5. *Tit.* 43. (2).

1 Ex tribus, quæ ad tutores et curatores communiter attinentia Justinianus tractanda suscepit, duo exposita sunt, satisdatio, et excusatio: superest tertium et ultimum, suspecti tutoris vel curatoris accusatio et remotio; quod *hoc postremo hujus libri titulo* nunc explicat.

TEXTUS.

Unde suspecti crimen descendat.

Sciendum est, suspecti crimen ex lege XII. Tabular. descendere.

COMMENTARIUS.

1 (*Suspecti crimen ex lege*). Ex Ulp. *l.* 1. §. 2. *hoc. tit.* Eoque pertinere creditur quod Cicero scribit 3. *de offic. cap.* 15. *Dolum malum etiam legibus fuisse vindicatum, ut tutelam XII. Tab.* Crimen autem *hoc loco*, et apud Ulpianum pro criminatione sive accusatione poni, certum est: neque insolens est ista hujus verbi significatio; sic enim accipitur in *l.* 7. *de accuss. l.* 5. *de calumn.* et apud Ciceronem *pro Rosc. Amer. Tria sunt*, inquit, *quantum existimare possum, quæ obstant hoc tempore Sexto Roscio; crimen adversariorum, et audacia, et potentia.*

TEXTUS.

Qui de hoc crimine cognoscunt.

1 *Datum autem est jus removendi tutores suspectos Romæ Prætori; et in provinciis Præ-*

(1) *L.* 1. *et* 2. *tit.* 26. *P.* 6.

(2) *Tit.* 18. *P.* 6.

sidibus eorum, et Legato Proconsulis.

COMMENTARIUS.

1 (*Datum est*). Hoc non ita accipiendum est, quasi jus de suspectis tutoribus cognoscendi, eosque removendi, speciali aliqua lege aut senatusconsulto Prætoribus aut Præsidibus datum sit; quemadmodum cum dicimus, jus dandi tutores alicui datum esse, hoc sic accipimus, datum esse nominatim, aut à Principe, vel lege, vel Senatu, *l.* 1. *l.* 3. *de tut. et cur. dat. l.* 6. §. 2. *de tutel.* sed jus hoc removendi tutores Prætoribus et Præsidibus more concedi propter vim imperii, hoc est, iis competere vi et potestate magistratus sui sive jurisdictionis. Etenim longe alia ratio est tutoris dandi, alia removendi. Datio tutoris jurisdictionis non est, qua de causa nec mandari potest, *d. l.* 6. §. 2. *l.* 8. *de tut. et cur. dat.* Cognitio de suspectis et remotio jurisdictionis est, eaque sive in specie, sive in genere mandata, in eum cui mandata est, transit, *l.* 4. *in pr. de offic. ejus cui mand. l.* 1. §. 4. *hoc tit.* Rursus jus dandi tutores etiam Magistratibus municipalibus certa lege concessum est, *l.* 3. *de tut. et cur. dat.* §. 4. *et* 5. *supra de Atil. tut.* At de suspecto cognoscere soli possunt Magistratus majores, *l.* 1. §. 11. *ad SC. Turpil.* (1).

TEXTUS.

Qui suspecti fieri possunt.

2 *Ostendimus, qui possint de suspecto cognoscere; nunc videamus, qui suspecti fieri possint. Et possunt quidem omnes tutores fieri suspecti, sive sint testamentarii, sive non sint, sed alterius generis tutores. Quare etsi legitimus fuerit tutor, accusari poterit* (2). *¿Quid si patronus? Adhuc idem erit dicendum: dummodo meminerimus, famæ patroni parcendum esse, licet ut suspectus remotus fuerit.*

COMMENTARIUS.

1 (*Quare etsi legitimus*). Indicare videtur, facilius tutores testamentarios et dativos, ut suspectos accusari et removeri, posse, quam legitimos, eosve, qui vinculo necessitudinis aut affinitatis pupillo conjuncti sunt: quibus potius curator adjungendus est, quam ut notata fide atque existimatione removeantur, *l.* 9. *hoc tit.*

2 (*Famæ patroni parcendum*). Quod de patrono *hic* dicitur, idem vel magis ad parentem pertinet: et fortassis ne postulari quidem suspectus parens potuit, sed simpliciter curator ei adjungendus fuit. Illud constat, liberto et filio semper honestam et sanctam personam patris et patroni videri de-

(1) *L.* 4. *in fin. tit.* 18. *P.* 6.

(1) *D. l.* 2. *tit.* 18. *P.* 6.

bere, *l. 9. de obs. par. et patron.* Atque hinc esse, quod nullæ actiones famosæ, ac ne illæ quidem, quæ fraudis vel doli ullam mentionem habent, adversus parentes patronosve institui possunt; sed ex quibus causis actio in alios famosa datur, ex iisdem adversus illos in factum detur, omissa doli mentione, *l. 11. §. 1. de dol. l. 2. l. 5. §. 1. d. tit. de obs. par. et patr.*

TEXTUS.

Qui possunt suspectos postulare.

3 *Consequens est ut videamus, qui possint suspectos postulare. Et sciendum est, quasi publicam esse hanc accusationem, hoc est, omnibus patere. Quinimo mulieres admittuntur ex rescripto Divorum Severi, et Antonini; sed hæ solæ, quæ pietatis necessitudine ductæ ad hoc procedunt: ut puta mater, nutrix quoque, et avia: potest et soror. Sed et si qua alia mulier fuerit, quam Prætor propensa pietate intellexerit, sexus verecundiam non egredientem, sed pietate productam non sustinere injuriam pupillorum, admittet eam ad accusationem* (1).

COMMENTARIUS.

1 Descripta hæc sunt ex Ulp. *l. 1. §. 6. hoc tit.* Ait, *quasi publicam*: quæ nota est improprietatis. Revera enim hæc accusatio publica non est. Nam sive finem ejus spectes, non persequitur injuriam Reip. illatam, sed pupillo; sive formam et executionem, non extra ordinem à Præfecto urbis aut Præsidibus de hoc crimine quæritur, ut de criminibus publicis, *l. 8. de publ. jud. l. 1. §. ult. de pen.* sed ut de re pecuniaria in privatis judiciis à Prætore vel Præsidibus, iisve quibus ab his mandata est jurisdictio, arg. *l. ult. de priv. del.* Adhæc, qui publico judicio aliquem reum facit, is suscribere in crimen, quod intendit, debet, *l. 3. §. 2. de accus.* (2) et desistens ab accusatione incidit in senatusconsultum Turpillianum: quorum neutrum est in postulatione suspecti, *d. l. ult. de priv. del. l. 1. §. 11. ad Turpil.* ¿Cur igitur hæc accusatio dicitur publica? Nimirum quia publicæ similis est in eo, quod omnibus patet: quod publicarum proprium est, §. 1. *inf. de pub. judic.* Cui addi et alterum potest, quia et nullo accusante ipse Magistratus ex officio manifeste suspectum repellere potest, *d. l. 3. §. 4. hoc tit.* (3).

2 (*Mulieres admittuntur*). Contra morem judiciorum. Et notandum est, quod ad hanc accusationem admittantur non eæ tantum mulieres, quæ pupillo necessitudinis aliquo vinculo junguntur; verum etiam quævis, aliæ, quas modo commendet pie-

(1) *D. l. 2.*

(2) *L. 26. tit. 1. P. 7. vers.* E si por su.

(3) *L. 3. tit. 18. P. 6.*

tas et verecundia (1): ut intelligamus, majorem esse suspecti tutoris accusandi licentiam, quam criminis publici judicii intentandi: quippe cum mulieri permissum non sit publico judicio quemquam reum facere, preterquam si suam, aut suorum injuriam persequatur, *l.* 1. *et l.* 2. *de accus. l.* 12. *qui accus. non poss.* (2). In tantum pupillorum gratia à consuetudine judiciorum deflexum est. Athenis quoque publica erat hæc actio, Jul. Poll. 8. *cap.* 6. quod ex Platonis lege descendit, *lib.* 11. *de leg.*

TEXTUS.

An pubes, vel impubes.

4 *Impuberes non possunt tutores suos suspectos postulare; puberes autem curatores suos ex concilio necessariorum suspectos possunt arguere; et ita Divi Severus, et Antoninus rescripserunt* (3).

COMMENTARIUS.

1 (*Ex consilio necessariorum*). Minor in accusando tutore præscriptum necessariorum sequetur: quod si illi nolint in accusationem consentire, Judicis à minore aditi officium erit videre, ne quid detrimenti minor capiat, arg. *l.* 22. §. *solut. matr.*

(1) *L.* 2. *tit.* 18. *P.* 6.
(2) *L.* 2. *tit.* 1. *P.* 7.
(3) *D. l.* 2. *tit.* 18. *P.* 6. *vers.* Pero el mozo.

TEXTUS.

Qui dicatur suspectus.

5 *Suspectus autem est, qui non ex fide tutelam gerit, licet solvendo sit, ut Julianus quoque scripsit. Sed et antequam incipiat tutelam gerere tutor, posse eum quasi suspectum removeri, idem Julianus scripsit: et secundum eum constitutum est* (4).

COMMENTARIUS.

1 *Hoc text.* in genere docet Imp. quis sit suspectus, et unde talis esse deprehendatur. Ait, suspectum esse: *Qui non ex fide tutelam gerit*: quod sic accipiemus: non tantum si fraudulenter et callide in rebus pupilli versetur, suive quæstus aut commodi causa res administret; sed etiam si negligenter aut segniter, neque ea integritate et sollicitudine, qua oportet, *l.* 3. §. *ult. hoc tit. l.* 5. *C. eod.* Nec tutori quicquam prodest, quod solvendo sit, quod satisdederit, vel nunc offerat: non enim ex patrimonio principaliter, sed ex moribus suspectus æstimandus est, *l.* 5. *l.* 6. *eod. d. l.* 5. *C. eod.* §. *ult. infr. eod.* et pupillo semper utilius est sic ei prospici, ut ab initio nullum damnum sentiat, quam ut postea laboret de consequenda indemnitate, arg. *l. ult. C. in quib. caus. in int. rest. non est nec.*

(4) *L.* 1. *tit.* 18. *P.* 6.

quod Papinianus noster sic expressit: *Expedit pupillo rem suam salvam habere, quam tabulas rem salvam fore cautionis*, *d. l.* 5. *eod. tit.*

2 (*Antequam tutelam gerere incipiat*). Puta si vel satisdare nolit, *l.* 1. *l.* 3. *C. de tut. qui sat. non ded.* vel contumax sit, *l.* 3. *C. hoc tit.* vel si ob ignaviam aut negligentiam non gesserit, aut dolo fecerit, quominus gereret, *l.* 4. §. *ult. eod.* et generaliter, si qua justa causa sit, ob quam videatur rejiciendus, arg. *l.* 3. §. 12. *eod.*

TEXTUS.

De effectu remotionis.

6 Suspectus autem remotus, siquidem ob dolum, famosus est; si ob culpam, non æque (1).

COMMENTARIUS.

1 Accusationis finis est remotio. Cæterum pro qualitate causæ et admissi, alii simpliciter removentur, alii cum nota infamiæ, alii etiam aliter, et nonnunquam gravius puniuntur. Qui salva, aut notata existimatione removeantur, ostenditur *hoc text.* Propriæ pœnæ adversus quos constitutæ sint, §. 9. et 2. *seqq. infr. eod.*

2 (*Si ob culpam*). Culpæ nomine non intelligit *hic* Imp. culpam latam, sed leviorem: siquidem lata culpa, præterquam in crimine corporalem pœnam ingerente *l.* 7. *ad leg. Corn. de sicar.* semper dolum interpretatione juris repræsentat, *l.* 226. *de verbor. sign. l.* 32. *dep.* etiam in famosis, *l.* 11. §. *ult. de his qui notant infam.* ut late ostendimus *infr. lib.* 3. *tit.* 15. §. 2. ubi et quid sit dolus, quid culpa, quot et quæ hujus species, accurate exponimus. Quod vero famæ et existimationis periculum exæquant cum periculo vitæ, ineptum esse apparet ex *l.* 28. *de pœn.* Sane causa famosa aliquando confertur cum capitali, ut in *l.* 9. *de manum. vind. l.* 8. §. 2. *quod met.* Sed satis constat id fieri respectu alicujus rei: in *d. l.* 9. intuitu causæ manumissionis apud consilium allegandæ et probandæ: in *d. l.* 8. §. 2. ratione metus in bonis viris, quibus major debet esse metus amittendæ famæ, quam mortis metus, ut ait Paulus *d. l.* 8. §. 2.

3 Concludimus igitur, tutorem remotum infamem fieri, non solum si ob fraudem remotus sit, quod in tutela grassatus fuerit, aut sordide egerit vel pernicioso pupillo, aut aliquid interceperit ex rebus pupillaribus, *l.* 3. §. 5. *hoc tit.* verum etiam si ob latam negligentiam, puta quod in suis diligens, in rebus pupillaribus supine et dissolute negligens sit. Illud constat, causam remotionis decreto exprimendum esse, ut appareat de existimatione; nam si causam remotionis non significaverit decreto suo Prætor, fama remoti non læditur, *l.* 4. §. 1. et 2. *eod.*

(1) *L.* 4. *tit.* 18. *P.* 6.

TEXTUS.

De effectu accusationis.

7 *Si quis autem suspectus postulatur, quoad cognitio finiatur, interdicitur ei administratio, ut Papiniano visum est* (1).

COMMENTARIUS.

1 Pendente causa cognitionis, interdicitur tutori administratio, atque alius interea in locum ejus in administratione rerum ordinatur, *l.* 7. *C. hoc tit.* ipsaque adeo postulatione suspecti etiam citra decretum id effici videtur, *l.* 14. §. 1. *in fin. de solut.* Et recte: nam ut suspectum non convictum in totum removere iniquum est; ita eum, qui in suspicionem lite instituta vocatus est, perseverare in administratione non expedit. Ajo, *lite instituta*: neque enim protinus allegata causa suspicionis tutori interim auferenda administratio; sed ita demum, si concurrant aliqua indicia, super quibus tutor auditus sit, et litem contestatus: quod et DD. plerique tradiderunt, et probat Anton. Fab. *C. suo defin.* 2. *de suspect. tut.*

TEXTUS.

Quibus modis cognitio finitur.

8 *Sed si suspecti cognitio suscepta fuerit, posteaque tutor, vel curator decesserit; extinguitur suspecti cognitio.*

COMMENTARIUS.

1 In hac postulatione nihil petitur, quod pupillo ex bonis tutoris adjudicetur; sed hoc tantum, ut tutor removeatur à tutela: quo remoto, si quid damni ex mala ejus administratione, pupillus senserit, id sarciri potest actione tutelæ, cui ut locus fiat; actio suspecti instituitur: quoniam durante tutela agi tutelæ non potest, *l.* 4. *de tut. et rat. distr.* Quibus consequens est, finita quomodocunque tutela, solvi cognitionem suspecti, quamvis pridem receptam, *l. pen. C. hoc tit. l.* 1. *C. eod.*

TEXTUS.

Si tutor copiam sui non faciat.

9 *Si quis tutor copiam sui non faciat, ut alimenta pupillo decernantur, cavetur epistola Divorum Severi, et Antonini, ut in possessionem bonorum ejus pupillus mittatur; et quæ mora deteriora futura sunt, dato curatore distrahi jubentur. Ergo ut suspectus removeri poterit, qui non præstat alimenta.*

TEXTUS.

Si neget alimenta decerni posse, vel tutelam redemerit.

10 *Sed si quis præsens negat*

(1) *L.* 3. *tit.* 18. *P.* 6.

propter inopiam alimenta posse decerni, si hoc per mendacium dicat, remittendum eum esse ad Præfectum urbis puniendum, placuit: sicut ille remittitur, qui data pecunia ministerium tutelæ acquisierit, vel redemerit (1).

De liberto fraudulenter administrante.

11 *Libertus quoque, si fraudulenter tutelam filiorum, vel nepotum patroni gessisse probetur, ad Præfectum urbis remittitur puniendus.*

Hi tres §§. clari sunt.

TEXTUS.

Si suspectus satis offerat, et quis dicatur suspectus.

12 *Novissime autem sciendum est, eos, qui fraudulenter tutelam administrant, etiamsi satis offerant, removendos esse à tutela: quia satisdatio tutoris propositum malevolum non mutat, sed diutius grassandi in re familiari facultatem præstat. Suspectum etiam eum putamus, qui moribus talis est, ut suspectus sit. Enimvero tutor vel curator, quamvis pauper sit, fidelis tamen, et diligens, removendus non est quasi suspectus* (2).

(1) *D. l.* 1. *in fin. tit.* 18. *P.* 6.

COMMENTARIUS.

1 (*Etiamsi satis offerant*). De eo dictum sub §. 5. *supra eod.* Ut autem neque divitiæ, neque satisdatio tutorem à suspicione liberant: ita nec ex adverso eum onerat paupertas. Nam etsi pauperi, qui se imparem oneri imposito docere possit, vacatio tribui solet, §. 6. *tit. præc.* aut qui propter inopiam satisdare non potest, removendus est, *l.* 2. *C. de tut. qui sat. non ded.* nunquam tamen paupertatis occasione suspectus postulari, eove nomine removeri debet vir alioqui fidelis, et diligens. Ex moribus enim, non ex facultatibus suspectum argui convenit, *l.* 8. *hoc tit. l.* 5. *C. eod. l.* 31. §. 1. *de reb. auct. judic. poss.*

2 "In Hispania recensentur
»in *l.* 1. *tit.* 18. *P.* 6. *in fine* se-
»quentes suspicionis causæ ob
»quas tutor à tutela removendus
»est: si alterius tutelam male
»gessit: si pupilli vel ejus cogna-
»torum inimicus est: si coram
»Judice negat alimenta pupillo
»decerni posse, et mendacii con-
»vincatur: si inventarium bono-
»rum pupilli non fecerit: si pu-
»pillum vel ejusdem bona in ju-
»dicio non defendit: et si se tu-
»torem esse sciens, copiam sui
»non facit, seu latitat.

(2) *D. l.* 1. *tit.* 18. *P.* 6.



INSTITUTIONUM ROMANO-HISPANARUM LIBER II.

TITULUS PRIMUS.

DE RERUM DIVISIONE, ET ACQUIRENDO IPSARUM DOMINIO.

D. Lib. 1. *Tit.* 8. *et Lib.* 41. *Tit.* 1. *Cod. Lib.* 41. *Tit.* 1. (1).

Cognita hominum qualitate et differentia, expositoque eo jure, quod cuique pro conditione personæ suæ competit; quod ex tribus, circa quæ jus omne versatur, primum est: transit Imperator ad alterum atque huic proximum, res externas; ut quod lex methodi exigit, eo ordine singula explicet, quo ea proposita sunt §. *ult. supr. de jur. nat. gent*. Habet autem *hic titulus* duplicem inscriptionem: *De rerum divisione: et de acquirendo ipsarum dominio.* Nimirum quæ duobus distinctis titulis in *Pand.* tractata sunt, ea in unum huc retulit Justinianus. Et quia in rebus tantum cujusque est, quantum natura earum et conditio patitur: primo varie eas dividit, ut differentia earum cognita, jus, quod in iis habemus (qua consideratione rerum tractatio propria est Jurisconsulti), melius intelligatur. Deinde proponit et persequitur modos, quibus res, quæ singulis acquiri possunt, singulis acquirantur, initio facto à rebus dominii nostri aut similis in rem juris. Postremo tractat de obligationibus: idque demum *tit.* 14. *lib.* 3.

TEXTUS.

Continuatio, et duplex rerum divisio.

Superiore libro de jure personarum exposuimus: modo videa-

(1) *Tit.* 16. *P.* 6.

mus de rebus, quæ vel in nostro patrimonio, vel extra patrimonium nostrum habentur. Qaædam enim naturali jure communia sunt omnium, quædam publica, quædam universitatis, quædam nullius, pluraque singulorum; quæ ex variis causis cuique acquiruntur, sicut ex subjectis apparebit (1).

COMMENTARIUS.

1 (*De rebus*). Quid *rei* appellatione, quæ alioquin generalis est, *hic* significetur, docet nos objectorum juris distinctio; nempe quicquid est extra personam et actiones, quod homini usui, aut commodo esse possit, sive id divini juris sit, sive humani, sive publici, sive privati, sive corporale, sive in corporale, sive dominium, aut jus aliquod in rem à dominio diversum aut separatum, sive obligatio: nam et ea, ut res in bonis nostris, huc pertinet; quod pluribus ostendemus sub *tit. de oblig. lib.* 3. *in rubr*,

2 (*Vel in nostro patrimonio, vel extra*). *Patrimonii* nomine proprie significari videtur ea pecunia, quam liberi ex hæreditate paterna accipiunt: cæterum consuetudine loquendi obtinuit, ut eo verbo intelligantur omnia, quæ quisque paterfamilias habet. Igitur in patrimonio esse, et in bonis esse; idem valent. Sunt quibus hæc divisio manca videtur, quasi constitui debeat et tertium genus rerum: quæ neque in bonis nostris, neque extra bona sint, cujus generis res, auctore Paulo, *l.* 1. *de usu, et usuf. red. et hab.* sint servitutes. Quo quidem ego nunquam quicquam audivi subtilius. Non erit in bonis nostris ea res, quæ bona nostra et patrimonium auget, *l.* 5. §. 9. *de op. nov. nunt.* quæ pro debito pignori mihi obligata est, juxta *l.* 12. *de pign.* ¿Cur igitur actione Paulina revocantur servitutes per fraudem non utendo amissæ, *l.* 3. et 4. *quæ in fraud. cred.* cum id edictum ad eos tantum pertineat, qui patrimonium suum in fraudem creditorum diminuunt? *l. 6. eod.* ¿Aut cur magis res cæteras incorporales in bonis esse dicimus, quam servitutes? Veterum sane nemo est, cui hoc in mentem venerit, ut diceret, servitutem alicui constitutam et quæsitam non esse in bonis ejus, cui constituta et quæsita sit: neque etiam Paulo, qui in *d. l.* 1. non disputat de jure aliquo alicui constituto, sed demum constituendo: cujus tamen disputatio posita est in mera subtilitate. Legavit aliquis usum aut usumfructum itineris per fundum suum. Negat Paulus id legatum subsistere, quia ratio juris non patitur, ut servitus servitutis constituatur. Quæ autem addit, id jus neque esse ex bonis, neque extra bona, diverso sensu vera sunt. Primum, si hoc jus consideremus formaliter et separatum á jure dominii; quia nullus dominus jus habet à dominii jure separatum eundi per fundum suum.

(1) *L. 2. d. tit. 28. P. 3.*

Quia vero cuique domino jus est per fundum suum eundi, jure sive causa dominii, quod habet: hoc respectu verum quoque est secundum, hoc nempe jus non esse extra bona. Igitur jus, de quo in *d. l.* 1. si formaliter consideretur, non est in bonis, cum imaginarium quid sit; causative autem in bonis est.

3 (*Quædam enim naturali jure communia*). Non est nova hæc divisio, sed prioris illius explicatio: quæ eo pertinet, ut intelligamus, ea, quæ singulorum sunt, in patrimonio haberi; quæ communia, publica, universitatis; et maxime quæ divini juris sunt, extra patrimonium esse. Aptior ad docendum nonullis videtur divisio Caji *l.* 1. *hoc tit.* qui sic distinguit, ut dicat, rerum alias esse divini juris, alias humani. Divini juris quæ sunt, nullius in bonis esse; veluti res sacras, religiosas, sanctas. Res humani juris, aut publicas esse, quæ et ipsæ nullius in bonis sunt; aut privatas, quæ singulorum; una generali appellatione rerum *publicarum* complectens, quæ *hic* in communes, publicas, et universitatis distinguuntur; sicuti alibi nomine communium publicæ continentur, *l.* 2. *hoc tit.* Huic autem divisioni mox aliam subjicit, quod quædam res corporales sint, quædam incorporales: quæ à Justin. demum traditur atque exponitur *tit. seq.* Sed alia subjici potest, quod quædam sint immobiles, quædam mobiles.

4 (*Pleraque singulorum*). Hæc sunt, quæ privata dicuntur; nimirum res omnes, quæ in dominio nostro sunt aut quasi dominio, aliaque in rem jura à dominio separata; vel quæ adhuc nobis præstanda sunt ex obligatione. Unde non male nonnulli totius hujus argumenti tractationem ad duo potissimum capita referunt: quorum unum est de dominio, alterum de obligatione: *dominii* appellatione jus omne, quod in rem habemus, complectentes.

TEXTUS.

De aëre, aqua profluente, mari, et litore.

1 *Et quidem naturali jure communia sunt omnium hæc: aër, aqua profluens, mare, et per hoc litora maris. Nemo igitur ad litus maris accedere prohibetur: dum tamen à villis, et monumentis, et ædificiis abstineat, quia non sunt juris gentium, sicut est mare* (1).

COMMENTARIUS.

1 Quæ humani juris sunt, non privata aut singulorum propria, ea aut sunt omnium hominum communia, quæ absolute *communia* dicuntur, aut alicujus gentis sive populi, quæ in specie *publica*, aut certæ alicujus civitatis vel corporis, quæ dicuntur *universitatis*. Communia sunt: *Quæ à natura ad hominum usum prodita: in nullius adhuc ditionem aut dominium pervenerunt;*

(1) *L.* 3. *eod. tit.* 28. *P.* 3.

ita generali vocabulo definiuntur à Neratio *l.* 14. *hoc tit. de acq. rer. dom.* Huc pertinent præcipue aër, et mare, quæ cum propter immensitatem, tum propter usum, quem in commune omnibus debent, jure gentium divisa non sunt, sed relicta in suo jure et esse primævo, ut ait Joann. Faber; adeoque nec dividi potuerunt. Atque hoc est quod DD. nostri ajunt, aërem et mare, cum sint incomprehensibilia, nullius populi bonis potuisse applicari, Grot. *de mar. lib. cap.* 5. Item aqua profluens, hoc est: *Aqua jugis, quæ vel ab imbribus collecta vel è venis terræ scaturiens perpetuum fluxum agit, flumenque aut rivum perennem facit.* Postremo propter mare etiam litora maris, *l.* 2. §. 1. *l.* 4 *hoc tit.*

2 In hisce rebus duo sunt, quæ jure naturali omnibus competunt. Primum communis omnium harum rerum usus, ad quem natura comparatæ sunt; tum si quid earum rerum per naturam occupari potest, id eatenus occupantis fit, quatenus ea occupatione usus ille promiscuus non læditur. De usu aëris constat, quippe sine quo ne vivere quidem aut respirare quisquam potest. Aqua profluens ad lavandum et potandum unicuique jure naturali concessa. Maris usus jure gentium liber est, atque ad navigandum et piscandum ex equo omnibus patet, *l.* 3. §. 1. *ne quid in loc. publ.* Unde si quis prohibeatur in mari piscari aut navigare, injuriarum actione prohibentem convenire potest, *l.* 2. §. 9. *d. tit. l.* 13. §. *ult. de injur.* Maris naturam litora sequuntur; ac proinde ad litus maris cuivis accedere licet, navem eo appellere ac reficere, ejecta in tempestate naufragiove amissa ibi excipere, retia siccare, et casam, in quam tantisper se recipiat, ponere, *l.* 4. *hoc tit. l.* 51. *de contr. empt. l.* 1. *C. de naufr. lib.* 11. (1). Dum tamen à villis, ædificiis et monumentis in litore extructis abstineat, quia non sunt juris gentium, *d. l.* 4. *hoc tit.*

3 Est vero harum rerum usus adeo liber et promiscuus, ut barbarum semper atque immane habitum sit, vel exteras gentes ab eo arcere. Quamobrem merito de Pœnarum injuria sic quæritur Orator Ilioneus apud Virgil. *lib.* 1. *divini operis vers.* 543. cum *seqq.*

¿Quod genus hoc hominum, quæve hunc tam barbara morem
Permittit patria? Hospitio prohibemur arenæ:
Bella cient, primaque vetant consistere terra.

Idemque apud eundem *lib.* 7. *vers.* 229. his vocibus affatur Regem Latinum:

....Litusque rogamus
Innocuum, et cunctis undamque auramque patentem.

Denique Latona apud Nasonem *lib.* 6. *metam. vers.* 349. sic alloquitur pueros Lyceos:

¿Quid prohibetis aquas? usus communis aquarum est.

(1) *L.* 4. *d. tit.* 28. *P.* 3.

Nec solem proprium natura nec
aëra fecit,
Nec tenues undas; ad publica
munera veni.

Dicit, hæc non esse natura propria, sicut Ulpian. *l.* 13. *comm. præd.* natura omnibus patere, quia à natura ad communem usum genita sunt, nec in ullius adhuc dominium pervenerunt, Cicer. 1. *de offic. cap.* 6. Nerat. *l.* 14. *hoc tit.* Hæc igitur sunt illa, quæ veteres vocant communia omnium jure naturali, aut quod idem est, publica juris gentium, sicut et usum eorum modo communem, modo publicum vocant, *l. pen. hoc tit. l.* 3. §. 1. *l.* 4. *ne quid in loc. publ.* §. 5. *infra hoc tit.* cum *similibus.*

4 Quanquam vero etiam ea nullius esse, quod ad proprietatem attinet, recte dicimus, multum tamen differunt ab his, quæ nullius sunt communi usui non attributa, ut feræ, pisces, aves, nam ista si quis occupet, in jus proprium transire possunt: illa vero totius humanitatis consensu proprietati in perpetuum excepta sunt propter usum, qui cum sit omnium, non magis omnibus ab uno eripi potest, quam à te mihi quod meum est. Et hoc est quod Cicero dicit, inter prima esse justitiæ munera, rebus communibus pro communibus uti. Scholastici dicerent hæc quatuor, de quibus in *textu*, positive esse communia, alia negative, D. Thom. 1. 2. *quæst.* 94. *art.* 5. Covarr. *in cap. Peccatum de reg. jur. in* 6. *part.* 2. § 8. Intellexit hoc convivator apud Athenæum, cum mare commune esse dicit; pisces autem capientium fieri. Et in Plautina *Rudente act.* 4. *sc.* 3. *vers.* 36. Piscatori dicenti: *Mare quidem commune certo est omnibus*, assentit servus: addenti veró servo, *in mari inventum est, commune est*; recte Piscator occurrit: *Meum quod rete atque hami nacti sunt, meum potissimum est.*

5 Cæterum illa hic addenda interpretatio est, ut si quid harum rerum natura occupari possit, id eatenus occupantis fiat, quatenus ea occupatione usus publicus sive communis non impeditur. Quod merito receptum est: nam cum ita se res habet, cessat exceptio, per quam fit, ut in jus proprium non transeant. Aër occupari non potest, nisi simul terra occupetur: sed neque mare, nisi forte exigua sui portione, quæ in fundum privatum admittitur; quomodo accipienda *l.* 14. *de injur.* aut ædificando jactis in id pilis aut molibus; quod cum fit, locus et ædificium ejus fiunt, qui ædificavit, *l.* 2. §. 8. *l.* 3. §. 1. *ne quid in loc. publ.* In litore vacuum quisque locum occupare per naturam potest, eumque occupando etiam suum facit, ut et id, quod in eo extruxerit, *l.* 6. *per hoc tit. de rer. div. l.* 14. *l.* 50. *eod. de acq. rer. dom.* Etenim qui locus ita in mari aut litore occupatur, non simpliciter et absolute occupantis fit, sed duntaxat interea dum occupat, dum ædificium manet: nam ædificio sublato, locus in pristinam causam quasi jure postlimi-

nii revertitur, *d. l. 6. et d. l.* 14. §. 1. (1). Sed neque simpliciter hæc occupatio et ædificatio concessa, verum, quod exigebat ipsa ratio juris gentium, cum hac conditione, si per eam publicus litoris aut maris usus non fiat deterior, *d. l.* 2. §. 8. *l.* 3. *l.* 4. *ne quid in loc. publ.* (2).

6 Neque jus gentium violari existimo, si hinc arceantur peregrini in litoribus, quæ populus aliquis imperio sibi vindicat: natura enim non ad hoc proprie litora produxit, ut cuilibet semper et promiscue jus esset, partem eorum occupare, sed ut necessario maris usui inservirent, qui est navigatio; idque significari opinor verbis *et per hoc*, quæ non frustra *hic* expressa sunt, et in *l.* 2. §. 1. *hoc tit.* ideoque etsi hic usus jure gentium semper communis manet et indivisus, sicut ipsius maris; jus tamen, quod dixi, in litore ædificandi, divisum jure gentium intelligi debet, quatenus litora imperio divisa, et publica facta sunt alicujus populi, arg. *d. l.* 3. *ne quid in loc publ.* Ita Don. 4. *comm.* 2. *et* 9. Grot. 2. *de jur. bell. et pac. cap.* 3. *n.* 9. Idem fuse et eleganter *cap.* 5. *mar. lib.* Ant. Fab. in *Ration.* ad *l.* 9. *de lege Rhod.*

7 Joannes vero Seldenus, vir sane non vulgari eruditione præditus, tractatum edidit incriptum: *Mare clausum*, sive, *De dominio maris*; in quo summa ope ostendere conatur, mare ex jure naturæ, seu gentium non esse commune, sed pariter dominii privati seu proprietatis esse capax, ac tellurem. Cæterum hoc late plerique damnant, imperium quidem in maris partem, sinusve vicinos usurpari posse concedentes, sed sine jure proprietatis aut dominii: tum quia natura mare commune esse jubet, non permittit tantum; tum quia ne dominii quidem capax est; resistens occupationi et possessioni, unde dominia rerum cœperunt, *l.* 1. §. 1. *de acq. poss.* D. Grot. *d. cap.* 5. *mar. lib.* et *d. cap.* 3. *n.* 13. *de jur. bell.* Alb. Gentil. *de acq. mar.* D. Tuld. *hic cap.* 7.

8 Illud constat, non facere contra jus naturæ aut gentium, qui recepto in se onere tuendæ navigationis adversus piraticas excursiones, juvandæque per ignes nocturnos et brevium signa, vectigal æquum imposuerit: quale fuit Romanum vectigal Erythræum, de quo Strabo *lib.* 17. et quod in Ponto Byzantini exigebant; quodque jam olim Athenienses exegerant in Ponto eodem, memorante utrumque Polybio, Grot. *d. cap.* 3. *n.* 14. add. Cæpoll. *de serv. præd. rust. cap.* 26.

TEXTUS.

De fluminibus, et portubus.

2 *Flumina autem omnia, et portus publica sunt; ideoque jus piscandi omnibus commune est in portu, fluminibusque* (3).

(1) *L.* 3. *tit.* 28. *P.* 3. *in fin.*
(2) *L.* 4. *eod. vers.* De manera.
(3) *L.* 7. *tit.* 28. *P.* 3. *et ibi* Gregor. Lopez.

COMMENTARIUS.

1 Secundum genus rerum, quæ privati juris non sunt, *publicæ* in specie dicuntur; quæ quamvis et ipsæ in nullius dominium pervenerunt, imperio tamen divisæ sunt, et ditione ac potestate factæ alicujus populi: Ajo, *ditione ac potestate*: nam quæ in populi sunt patrimonio, ut metalla, salinæ, silvæ, agri vectigales &c.; ea quidem etiam publica dicuntur propter personam possidentis, *l.* 17. *de verb. sign. l.* 14. *hoc tit. de acq. rer. dom.* sed quia usu et jure, quo habentur, privata sunt, *l.* 2. §. 4. *ne quid in loc. publ.* (1). ad institutam disputationem non pertinent. Hujus generis sunt flumina, portus, alveus fluminis, quandiu à flumine occupatur, et ex parte ripæ.

2 (*Flumina omnia*). Scilicet perennia; nam torrentia quæ hieme tantum fluunt, æstate solis us exsiccantur, publica non sunt, *l.* 1. §. 3. *de flumin.* ac ne flumina quidem proprie, ut recte D. Dom. 4. *commun.* 3. contra Hotom. 8. *obs.* 4. Marcianus *l.* 4. *hoc tit.* caute addidit vocabulum *pene*; nempe ut torrentia excluderet.

3 (*Et portus*). Portus est: *Locus in mari aut flumine conclusus ac munitus, quo importantur, et unde exportantur merces* (2); qua appellatione tamen continetur et statio, quæ est: *Locus accommodatus ad naves recipiendas, ut tuto illic stare possint adversus injuriam prædonum ac tempestatum, l. portus* 59. *de verb. sign. l.* 1. §. 13. *de flum.* Veteribus proprie portus insulam notat, sive ædificium legitimo spatio atque ambitu à contiguis divisum, mercium importandarum, et conservandarum causa, et per synecdochen quamvis insulam sive domum, quæ proprio ambitu constat, ut in illo XII. Tab. *Cui testimonium defuerit, is tertiis diebus ob portum obvagulatum ito.* Vid. Fest. in vocibus, *portus et insula.*

4 (*Jus piscandi omnibus commune*). Ait, *omnibus commune est*: nempe omnibus iis, qui sunt ex populo, cujus fines flumen alluit, et quatenus alluit: ut in hoc distet hic usus ab earum rerum usu, quæ omnium hominum communes sunt; id quod ex præcedentibus satis colligi potest.

5 Notandum autem est discrimen fluminis, et aquæ fluentis, unde usus utriusque nascitur diversitas. Flumen est totum quid, unumque et idem corpus, quod mille abhinc annis fuit, arg. *l.* 76. *de judic.* denique sub imperio eorum est, quorum finibus continetur. At aqua fluminis numero eadem non est, sed alia atque alia: et cum in perpetuo cursu sit, non magis loco contineri, aut cujusquam potestati subjici potest, quam aër et mare, quandiu de medio cursu nihil de ea sumpseris. Hinc de usu judicandum. Flumine integro uti-

(1) *L.* 10. *eod.*

(2) *L.* 8. *tit.* 33. *P.* 7.

mur ad navigandum et piscandum, qui usus jure gentium divisus est, quatenus flumina ipsa imperio divisa sunt, ac proinde non communis est omnium hominum, sed publicus eorum duntaxat, quorum finibus continetur. Aqua vero fluminis utimur ad lavandum, potandum, aquanda pecora: qui usus communis est jure naturali omnibus concessus.

TEXTUS.

Definitio litoris.

3 *Est autem litus maris, quatenus hibernus fluctus maximus excurrit.*

COMMENTARIUS.

1 Ait *hibernus*, quia hieme maxime mare exæstuat. Igitur litus est: *Quatenus fluctus maris maximus excurrit* (1).

TEXTUS.

De usu, et proprietate riparum.

4 *Riparum quoque usus publicus est jure gentium, sicut ipsius fluminis. Itaque naves ad eas appellere, funes arboribus ibi natis religare, onus aliquod in his reponere, cuilibet liberum est, licet per ipsum flumen navigare: sed proprietas earum illorum est, quorum prædiis hærent: qua de causa arbores quoque in iisdem natæ eorundem sunt* (2).

COMMENTARIUS.

1 Ripa est: *Id quod flumen continet, naturalem cursus sui rigorem tenens*: ita definitur ab Ulpian. *l.* 1. §. 5. *de flum.* Ait, *cursum naturalem*, ne quis putet, si quando flumen imbribus vel nivibus auctum excreverit, ripas idcirco mutare. Paulus ait, ripam esse: *Quæ plenissimum flumen continet*, *l.* 3. §. 1. *d. tit.* ut significet, partem ripæ non esse spatium illud ripæ proximum, quod aliquando flumine caloribus minuto, æstivo tempore non occupatur. Apparet autem ex sequentibus, ripam non tam anguste, ut nonnulli faciunt, accipiendam esse pro crepidine aut labro amnis, sive pro sola extremitate alvei et terræ, quæ flumen continet, cujus extremitatis vix est, ut ullus sit usus: sed aliquanto laxius pro spatio inter flumen et vicina prædia interjecto, ut ripa incipere intelligatur, ex quo à plano ad flumen vergit, *d. l.* 3. §. 2. *de flum.*

2 (*Usus publicus est jure gentium*). Usus riparum ita publicus est, ut fluminis; quinimo ripæ usus nihil aliud est, quam ipsius fluminis, cum per ripam flumine utamur. Ideoque quæcunque sunt interdicta ad tuendum usum publicum fluminis, eadem sunt et conjunctim ad tuendum usum riparum, *l.* 1. *et passim tit. de*

(1) *L.* 4. *d. tit.* 28. *P.* 3.

(2) *L.* 6. cum *seq. eod.*

flum. et *tit. ne quid in flum. publ.* Ait, *jure gentium*; quasi dicat: hunc usum atque hanc servitutem ripis à natura impositam esse, ut omnibus, quibus flumine uti jure gentium licet, etiam ripis ad eum usum uti liceat, cum nec flumine aliter uti commode possint.

3 (*Proprietas illorum est, quorum prædiis hærent*). Hoc etiam diserte ait Cajus, *l.* 5. *hoc tit.* itemque Pomponius ex sententia Celsi, *l.* 30. §. 1. *de acq. rer. dom.* Unde Neratius scribit, eum, qui in ripa fluminis ædificat, suum non facere, *l.* 15. *eod.* Quapropter quod Paulus ait, ripas fluminum publicas esse, *l.* 3. *de flum.* de usu, non de proprietate accipi debet. Nec enim audiendus est D. Hotomanus, qui Paulum à cæteris, et recte dissensisse putat. Nam quod ait, eodem jure partes fluminis singulas censeri deberi, quo totum flumen, quod ita publicum esse constat, ut nec proprietate cujusquam sit, error est; siquidem ripa pars fluminis non est, non magis quam continens contenti. Neque vero idem est ripa in flumine, quod litus in mari. Ripa flumini non subjicitur, ut litora subjiciuntur mari, et quotidianis accessibus ab eo occupantur. At, inquit, cujus juris est alveus, ejusdem et ripas esse necesse est: certum autem est alveum proprietate nullius esse, *l.* 1. §. 7. *de flum.* *l.* 7. §. 5. *de acq. rer. dom.* (1). At, inquam, ut diversa sit alvei, et riparum conditio, flumen facit, quod alveum occupat, ripas non item. Quid quod nec alveus simpliciter publicus est, ne tum quidem cum adhuc á flumine tenetur: sed quatenus flumen non obstat, adhuc pars censetur vicinorum agrorum; alioqui quo jure insula, manente adhuc alveo, in flumine nata vicinorum fieret? quod utique et ripæ proprietatem arguit vicinorum esse; qua de re amplius sub §. 22. *et seq. infr. eod.*

TEXTUS.

De usu et proprietate litorum.

5 *Litorum quoque usus publicus est, et juris gentium, sicut et ipsius maris: et ob id cuilibet liberum est, casam ibi ponere, in quam se recipiat, sicut retia siccare, et ex mari deducere. Proprietas autem eorum potest intelligi nullius esse: sed ejusdem juris esse, cujus et mare, et quæ subjacet mari, terra, vel arena* (2).

COMMENTARIUS.

1 De litorum usu et proprietate jam intellectum est. Cæterum usum adhuc notandum, quod usum litorum dicit esse publicum et juris gentium; ut intelligas, usum litorum publicum esse eo jure, quod commune est omnibus gentibus; quo scilicet significatu mare juris gen-

(1) *L.* 31. *d. tit.* 28. *P.* 3.

(2) *L.* 4. *eod.*

tium esse, dicit Marcian. *l.* 4. *hoc tit.* et Justin. §. 1. *supr. eod.* atque in hoc differre ab usu riparum, qui publicus quidem est jure gentium, sed non juris gentium, hoc est, non communis omnium hominum, sed eorum duntaxat, quibus eo flumine uti jure gentium licet: cujus usus exteros communionem non habere, antea demonstratum est.

2 (*Ejusdem juris, cujus et mare*). Mare litora aliis usibus eripiendo sua fecit. Nam, ut ante quoque dictum est, litora mari subjiciuntur, et quotidie ab eo occupantur. Occupatum autem jus et conditionem occupantis sequi, necesse est, *l. pen. hoc tit.* (1).

TEXTUS.

De rebus universitatis.

6 *Universitatis sunt, non singulorum, quæ in civitatibus sunt, theatra, stadia, et his similia; et si qua alia sunt communia civitatum* (2).

COMMENTARIUS.

1 Quæ *hic* et apud Marcianum *l.* 6. §. 1. *eod.* dicuntur universitatis, alibi etiam publica generali nomine appellantur, ut in *l.* 6. *de contr. empt.* et §. 2. *infr. de inut. stip.* §. *ult. infra de empt. et vend.* nimirum quia in publico civium usu habentur. Ea igitur, quæ in pecunia aut patrimonio civitatis sunt, quorum usus singulorum non est (3), huc non pertinent: quamvis et ipsa collata cum iis, quæ propria sunt singulorum, publica quoque dicantur, *l.* 7. §. 1. *quod cujusq. univ. nom. l.* 15. *et seq. de verb. sign. Universitatis* autem appellatio latior est, quam civitatis: nam et collegia, et societates, aliaque hujusmodi corpora continet, quibus permissum est ad exemplum Reipub. habere res communes, arcam communem, &c. *l.* 1. *quod cujusque univ.*

2 (*Si qua alia communia civitatum*). Ut basilicæ, porticus, balnea, fora, prata, et pascua publica, in qua sc. pecudes immittere singulis civibus jus est. Communis autem harum rerum usus non latius patet, quam ut publicus sit eorum, qui sunt ejusdem civitatis aut corporis.

TEXTUS.

De rebus nullius.

7 *Nullius autem sunt res sacræ, et religiosæ, et sanctæ: quod enim divini juris est, id nullius in bonis est* (4).

COMMENTARIUS.

1 Quæ res divini juris sunt, per excellentiam dicuntur nullius esse, scilicet, ex comparatione earum rerum, quæ cum et ipsæ nullius sint, usu tamen

(1) *Arg. d. l.* 31. *tit.* 28. *P.* 3.
(2) *L.* 9. *eod.*
(3) *L.* 10. *eod.*
(4) *L.* 12. *eod.*

sunt singulorum, aut ita affectæ, ut in dominium singulis cedere possint. Etenim et quæ humani juris sunt publica omnia, quæ non in pecunia populi, sed in usu publico habentur, comparata cum iis, quæ singulorum sunt, nullius in bonis esse dicuntur, *l.* 1. *hoc tit. l.* 6. *de contr. empt.* At in rebus divini juris hoc amplius est, quod ne usus quidem earum singulorum est. Feræ quoque bestiæ, volucres, pisces &c. nullius sunt, si comparentur cum iis, quæ quisque jam actu habet ac possidet: at ea conditione sunt et natura, ut acquiri possint, et cedant occupanti, §. 12. *infr. eod.* quod secus est in rebus divini juris. Etiam inter ea, quæ nullius sunt, Cajus *d. l.* 1. numerat res hæreditarias nondum adita hæreditate: quæ tamen effectu juris omni ex parte privatæ sunt, et hæreditatis esse finguntur, quæ tantisper personæ vicem sustinet, *l.* 34. *l.* 61. *de acq. rer. dom.* Res igitur divini juris sunt, *Quæ hominum potestati et promiscuo usui exemptæ, quodammodo in solius Dei jure ac potestate habentur*, quarum tres species *hic* proponuntur, sacræ, religiosæ, sanctæ, quæ singulis §§. exponuntur.

TEXTUS.

De rebus sacris.

8 *Sacræ res sunt, quæ rite per Pontifices Deo consecratæ sunt: veluti ædes sacræ, et donaria, quæ rite ad ministerium Dei dedicata sunt; quæ etiam per nostram constitutionem alienari et obligari prohibuimus, excepta causa redemptionis captivorum. Si quis autem auctoritate sua quasi sacrum sibi constituerit, sacrum non est, sed profanum. Locus autem, in quo ædes sacræ sunt ædificatæ, etiam diruto ædificio sacer adhuc manet, ut et Papinianus scripsit* (1).

(1) *L.* 13. *d. tit.* 28. *P.* 3.

COMMENTARIUS.

1 Rerum divini juris diximus esse tria genera: eaque, ut re, ita etiam nominibus apud nostros distincta sunt, quæ distinctio etiam in *schedis Festi* reperitur. Alia est apud Macrobium 3. *Saturn.* 3. Plerique autem his nominibus indiscrete utuntur. Ait res sacras esse: *Quæ rite per Pontifices Deo consecratæ sunt.* Quæ definitio duo maxime complectitur, formam consecrandi, et personam consecrantis. Formam indicat particula *rite*, id est, solemniter, more et instituto majorum, publice, non privatim, *l.* 6. §. 3. *l.* 9. *pr. hoc tit.* Gall. Ælius apud Festum in voce *Sacer.* Ovid. 1. *fast. vers.* 610.

Templa Sacerdotum rite dicata manu.

De ritu veteri consecrandi vid. Alex. ab Alexand. 6. *gen. dier.* 14. Connan. 3. *comm.* 1. Personam consecrantis oportet rebus sacris præesse: quales apud Romanos erant Pontifices, ita dicti à pon-

te sublicio, quem, quod sacer æstimaretur, in aliqua parte labantem solis Pontificibus reficere licebat, cæsa victima; et sacrificio perfecto. Reliquorum quoque sacrorum omnium curam atque potestatem penes collegium Pontificum fuisse constat: de quorum officio accurate scribit idem Alexand. ab Alexand. 2. *genial.* 8. ¿Quid Principes? Etiam eos curam sacrorum et religionum sibi sumpsisse, cum apud alios Auctores, tum apud nostros legimus, ut in *l.* 8. *de rel. et sumpt. fun. l. ult. ut in poss. leg.* et nominatim jus dedicandi seu consecrandi in *d. l. 9. hoc tit.* ¿An quia et ipsi plerumque Pontifices? Id sane testatur historia, et Dio. *lib.* 53. expresse scribit, Principes inter alios titulos etiam Pontificis maximi dignitatem assumpsisse, ut omnes religiones et sacrificia in sua haberent manu? An vero hoc ideo dicitur, quia, ut nonnulli volunt, sicut olim per legem Papiriam non licebat rem ullam injussu plebis consecrare, teste Cicer. *pro dom.* ita postea non licuit injussu Principis: ut Pontifex quidem consecraret, et solemnia perageret, sed jussu et auctoritate Principis præcedente, maxime si locus publicus consecrandus foret? arg. *d. l.* 9.

2 Principes Christiani curam sacrorum Episcopis reliquerunt, aliosque ritus atque cæremonias sublatis gentilibus substituerunt, quas in dedicandis Monasteriis, Ecclesiis, domibus orationum observarent, vid. *nov.* 67. *et nov.* 131. *cap.* 7. (1). Luculentum dedicationis templi extat exemplum 3. *Reg.* 8.

3 (*Donaria*). Non solum ædes aut locus consecrari possunt, sed res etiam mobiles, ut ex memorato Galli Ælii apud Festum loco apparet, et *hic* significat Justinianus verbo *donaria*: quo eum mobilia intelligere, puta vestes, vasa, aliaque utensilia divinis usibus dicata atque consecrata ostendit, *l.* 22. *Cod. de sacros Eccles.*

4 (*Excepta causa redemptionis captivorum*). Item pauperum alendorum tempore famis, si ita premantur, ut vitæ eorum succurrendam sit, *d. l.* 22. Debitorum quoque Ecclesiæ causa, si creditores urgeant, nec aliunde debitum exolvi possit, *authent.* Præterea *Cod. de sacros. Eccles. nov.* 120. *cap.* 10. (2).

5 (*Si quis auctoritate sua*). Id est, non publice, sed privatim, *l.* 6. §. 3. *hoc tit.* Quæsierit aliquis, cum Romanis nihil sacrum fuerit, nisi quod publice consecratum; ¿qui fiat, quod nihilominus eos sacra habuisse privata legimus? Cicer. 3. *de legib. l.* 1. *de ritu nupt. l.* 9. §. 1. *ad leg. Jul. pec.* Resp. Distinctio illa non à forma dedicandi, aut personis dedicantium, sed à fine sumpta est: quod privata pro salute familiæ, publica pro populo consecrabantur, vid. Rossin. 8. *antiq. tit.* 6.

(1) *D. l.* 13. *tit.* 28. *P.* 3. La primera.
(2) *L.* 1. *tit.* 14. *P.* 1. *à vers.*

TEXTUS.

De religiosis.

9 *Religiosum locum unusquisque sua voluntate facit, dum mortuum infert in locum suum. In communem autem locum purum invito socio inferre non licet: in commune vero sepulchrum etiam invitis cæteris licet inferre. Item si alienus ususfructus est, proprietarium placet, nisi consentiente usufructuario, locum religiosum non facere. In alienum locum consentiente domino licet inferre: et licet postea ratum non habuerit, quam illatus est mortuus, tamen locus religiosus fit.*

COMMENTARIUS.

1 (*Religiosum*). Generali hujus verbi appellatione etiam sacra contineri arguit notatio vocis *religio*, sive à relegendo deducas cum Ciceron. *de natur. Deor.* sive cum Servio Sulpicio, aut auctor est Macrobius 3. *satur.* 3. à relinquendo; sive à religando cum Lactantio 4. *inst.* 28. At *hic et passim* in libris nostris strictius accipitur, et locum notat: *Ubi mortuus sepultus aut humatus est*: quæ significatio et Festum Pompejum habet auctorem.

2 (*Unusquisque sua voluntate*). Ad differentiam sacri. Locus sacer non fit, nisi publice per Pontificem sacretur: religiosus fit propria cujusque voluntate cadaver aut ossa inferentis in locum suum. Notandum hic in transcursu, antiquos privata sepulchra habuisse extra urbem in agris: nam in urbe mortuos sepelire lege vetitum erat, Cicero 2. *de leg. cap.* 23. *l.* 3. §. 5. *de sepulchr. viol.* idque aliis etiam populis in more positum fuit: qua de re consule Petr. Gregor. *lib.* 33. *syntagm. cap.* 33.

3 (*Dum mortuum infert in locum suum*). His verbis docemur, duo esse necessaria, ut locus fiat religiosus: ut in eum mortuus inferatur; ut inferatur á domino loci. Primo non consecratione aut verbis solemnibus locus religiosus efficitur, sed illatione mortui: unde sepulchrum ab Ulpiano definitur: *Ubi corpus ossave hominis condita sunt*, *l.* 2. §. 5. *de relig.* Ac ne totus quidem locus, qui sepulturæ destinatus est, corpore condito religiosus fit, sed quatenus conditum aut humatum est, *d.* §. 5. cujus hic videtur sensus: non totum agrum, ubi conditum est cadaver, religiosum fieri, sed locum duntaxat certo spatio finitum, quem maceriis includi consueverant, Brisson. *antiq. lib.* 3. *cap.* 15. *et* 16. Quam interpretationem ipsa necessitas defendit. Alias enim apud Romanos, qui fere corpora cremabant, urna vix minimam agri partem religiosam reddidisset. Quia vero una sepultura plura sepulchra efficere non potest, si corpus in pluribus locis fuerit sepultum, solus ille religiosus fiet, ubi conditum quod principale est, scilicet caput, quia cognoscitur cujus sit, *l.* 44. *de relig. et sumpt. fun.*

4 Quia vero opus est, mor-

tuum esse sepultum, Divi Fratres rescripserunt, mausoleum inane, sive monumentum purum memoriæ tantum causa factum, quod Suetonius *cap.* 1. *in Claud.* appellat *tumulum honorarium*, religiosum non esse: *l.* 7. *hoc tit. l.* 6. *in fin. l.* 42. *de relig.* licet contra senserit Marcianus, motus auctoritate Virgilii; ut ipse ait, *l.* 6. *in fin. hoc tit.* Nec dubium, quin iis Poetæ versibus, quos ex *lib.* 3. *Æneid. vers.* 303. citat D. Gothof. ubi de Andromache hæc ait Æneas:

....Manesque vocabat.
Hectoreum ad tumulum, viridi quem cespite inanem;
Et geminas, causam lacrymis, sacraverat aras.

Similis locus est ejusdem Poetæ *lib.* 6. *vers.* 505. ubi sic ad Deiphobum idem heros:

Tunc egomet tumulum Rhæteo in litore inanem
Constitui, et magna Manes ter voce vocavi.

Denique si ossa hominis aut corpus conditum duntaxat loco religionem afferunt, consequens est, ossibus aut reliquiis effossis et translatis, locum religione solvi, *l.* 44. §. 1. *de relig.* quanquam effodere vel eruere non licet sine decreto Pontificum aut jussu Principis, *l.* 8. *eod.*

5 Alterum, quod ad locum religione obstringendum necessarium esse diximus, est, ut is mortuum inferat, qui est loci dominus: neque sufficit pro parte indivisa dominum esse, aut nudam loci proprietatem habere; sed necesse est, ut is, qui infert, dominus sit in solidum et pleno jure: ne domini, socii, fructuarii conditio sine facto eorum deterior fiat, re commercio exempta. Plane si proprietatis dominus testatorem intulerit, qui usumfructum legavit, cum in alium locum inferri tam opportune non posset, placet locum religiosum fieri, *l.* 17. *de usufr. l.* 2. §. 7. *de relig.*

6 (*Licet postea ratum non habuerit*). Ita vulgo *hic* legitur, et apud Marcianum *l.* 6. §. 4. *hoc tit.* unde hæc transcripta sunt. Neque incommodum sensum habet hæc lectio: sufficit enim ab initio consensisse, cum quod semel placuit, postea displicere non possit, *cap. quod semel de reg. jur. in* 6. *l.* 75. *eod.* In *Pand.* autem *Florentinis* affirmative hic locus legitur: *Licet postea ratum habuerit*, nec minus recte: ut sit sensus: licet locus alienus in quem sine consensu domini mortuus illatus est, ab initio religiosus non sit, tamen si is postea consenserit, locum religiosum fieri; quod hæc sit natura ratihabitionis, ut mandato comparetur, *l.* 60. *de reg. jur. cap. ratihabitionem eod. in* 6.

7 "In Hispania quamvis doctrina *hujus textus* reperiatur »statuta in *l.* 14. *tit.* 28. *P.* 3. »ubi locus religiosus ille dicitur, »in quo corpus vel caput hominis »sepultum est; non alius tamen »religiosus habetur, quam ab E»piscopo consecratus aut benedi»ctus; neque alibi fidelium cor»pora sepelire fas est; atque in »hoc juris canonici præscripta se-

„quimur. Vid. Torres §. 6. *de rer.* „*div.* et Jordan de Asso in *suis* „*Instit. lib.* 2. *tit.* 1. *cap.* 3."

TEXTUS.

De rebus sanctis.

10 *Sanctæ quoque res, veluti muri, et portæ civitatis, quodammodo divini juris sunt; et ideo nullius in bonis sunt. Ideo autem muros sanctos dicimus, quia pœna capitis constituta est in eos, qui aliquid in muros deliquerint* (1). *Ideo et legum eas partes, quibus pœnas constituimus adversus eos, qui contra leges fecerint, sanctiones vocamus.*

COMMENTARIUS.

1 Certum est, longe latius patere appellationem *sancti*, quam *hic* accipitur, idque vel ex Trebatio discere possumus, qui apud Macrobium 3. *saturnal.* 3. *Sanctum*, ait, *interdum idem esse quod sacrum, idemque quod religiosum; interdum aliud, nimirum quod venerabile, incorruptum, inviolatum est*; quod et Macrobius confirmat adductis aliquot locis Virgilii. Proprie autem sanctum dicitur: *Quod ab injuria hominum defensum atque munitum est*, *l.* 8. *hoc tit.* Hinc Legati jure gentium sancti habentur; *l. ult. de legation.* item Reges, teste Cic. *pro Rege Dejot.* Jure Romanorum Tribuni plebis *sacrosancti*, Liv. *lib.* 2. *cap.* 33. Fest. in *verb. sacrosanctum.* Aut: *Quod sanctione quadam confirmatum atque subnixum est.* Hinc leges et rogationes dicuntur sanctæ, quod eas impune transgredi non licet. Hinc denique muri quoque sancti, quia speciali sanctione contra violantium audaciam muniti atque confirmati sint.

2 (*Veluti muri, et portæ civitatis*). *L.* 1. *hoc tit. l.* 2. *ne quid in loc. sacr.* Et muros quidem consentiunt omnes esse sanctos. Cæterum de portis dissentire videtur Plutarchus, qui muros sanctos esse scribit, portas non item, eo quod per eas cadavera efferantur, aliaque immunda per eas importentur atque exportentur. Sed hoc ille longe alio sensu quam nostri; nimirum jus pontificium ex libris ritualibus secutus. Quippe Romani in designanda urbe, adhibitis more Hetrusco certis sacris, muros aratro circumducebant atque ambiebant: ubi vero portæ futuræ erant, id loci non sulcabant, ne quid religionis contraheret, sed aratrum suspendentes, portarum spatia relinquebant intacta. Consulatur Varro 4. *de ling. cap.* 32. Late Alexand. ab Alexand. 6. *gen.* 14. Alciat, *l.* 239. §. 6. *de verb. sign.* Hinc mœnia jure pontificio sancta habebantur, portæ non item. At nostri portas ideo inter sancta numerant, quia eas non magis, quam muros violare fas est, aut aliquid in eas delinquere.

3 (*Quodammodo*). Recte *quodammodo.* Neque enim proprie hæ

(1) *L.* 15. *tit.* 28. *P.* 3.

res divini juris sunt, ut res sacræ et religiosæ; sed propter similitudinem, quam cum rebus sacris et religiosis habent, divini juris esse dicuntur, quia scilicet nec ipsæ cujusquam sunt aut proprietate, aut usu promiscuo. Fortassis tamen muri, quod auspicato et solemni sacrificio signabantur, etiam proprie in rebus divini juris habiti sunt. Vid. Alciat. *d. loc.*

4 (*Quia pœna capitis*). Violare muros capitale est: sicuti si quis scalis admotis, aut qualibet alia ratione transcenderit. Nam cives Romanos alias quam per portas egredi non licet; cum illud hostile et abominandum sit: nam et Romuli frater occisus traditur, quod murum transcendere voluerit. Hoc Pomponius *l. ult. hoc tit.* Marcus autem Tullius 3. *de offic. cap.* 10. scribit, speciem utilitatis eo animum impulisse Romuli, cui visum erat utilius, solum se, quam cum altero regnare: *Omisit hic*, inquit, *et pietatem, et humanitatem; et tamen muri causam opposuit, speciem honestatis neque probabilem, neque idoneam.*

TEXTUS.

De rebus singulorum.

11 *Singulorum autem hominum multis modis res fiunt. Quarundam enim rerum dominium nanciscimur jure naturali, quod, sicut diximus, appellatur jus gentium; quarumdam vero jure civili. Commodius est itaque à vetustiore jure incipere. Palam est autem, vetustius esse jus naturale, quod cum ipso genere humano rerum natura prodidit. Civilia autem jura tunc esse cœperunt, cum et civitates condi, et Magistratus creari, et leges scribi cœperunt.*

COMMENTARIUS.

1 Secunda pars *hujus tituli*, cui respondet titulus D. *de acquir. rer. dom.* Hucusque disputatum de differentia et jure earum rerum, quæ extra patrimonium sunt. Sequitur nunc alterum rerum genus, earum videlicet, quæ sunt in patrimonio: quæ ob id etiam privatæ dicuntur et singulorum propriæ. Hæ res varie distingui item possunt. Nam primo quædam sunt universales, quæ vel rationem totius habent, ut hæreditas, universum alicujus patrimonium; vel generis, ut fundus, homo, vestis: quædam singulares, ut hic fundus, hic homo, hæc vestis. Quædam item corporales sunt, quædam incorporales; de quibus *tit. seq.* Corporalium iterum quædam mobiles aut se moventes, quædam immobiles, *l.* 93. *de verbor. sign.* Duo vero præcipue hic nobis spectanda: id quod in hisce rebus singulorum est, ejusque acquisitio. Quod singuli in his rebus habent, id vel est jus in rem, vel jus ad rem. Jura in rem sunt hæc: dominium (tum plenum, tum minus plenum, quod quasi dominium, et dominium utile vocant; qualia sunt jus emphyteuticum et superficiarium), ususfructus, jura prædiorum, jus

possessionis, pignus sive hypotheca. Jus ad rem est, quod uno nomine dicitur obligatio sive creditum.

2 Heinec sequutus in hoc argumento Bornium auctorem nobis incognitum, contendit magno nisu in *recit. hoc tit.* §. 320. excludendam esse possessionem ex numero jurium in re, seu rem contra communem Doctorum sententiam: quæ Bornii opinio nobis falsa est. Ut hæc quæstio recte examinetur, animadvertendum ante omnia, sermonem hic esse non de simplici possessione facti, quæ mera detentio rei est, quæ cum jus non sit, non potest de ea dubitari an sit jus ad rem, vel in rem: sed de civili et legali, quæ tot effectus producit, ut notum est. Hoc posito corruunt duo Heineccii argumenta: quorum unum est, quod possessio tantum tribuit jus momentaneum, cui consequens ut nequeat esse jus in rem. Duplici enim vitio laborat. I. Quia inepte appellat momentaneum jus possessiones ex eo quod amissa possessione evanescit: nam eadem ratione posset dicere jus dominii momentaneum esse in hærede in re sub conditione seu ex die certo legata, utpote quod adveniente conditione, seu die exspirat? Negabimus idcirco hæredi jus in rem, pendente conditione seu die? Nullo modo. II. Quia dici nequit jus in rem pendere ex eo quod sit vel non sit momentaneum. Dominium etsi brevissimum jus in rem producit, et obligatio quamvis longissima in personam. Dominium et possessio, dum durant, suos habent effectus, insuper habito an statim evanescere debeant vel possint.

3 Nec magis urget alterum Heineccii argumentum deductum ab effectu, quod nempe jus in rem actionem realem producit; possessio autem non realem, sed personalem tribuit, qualia sunt interdicta possessoria? Sed quis ignorat posse disputari de possessione judicio ordinario, quin neuter ex litigantibus ullam de actione in personam mentionem faciat neque agendo, neque excipiendo? Insuper in §. 3. *hist. de interd.* expresse docet Justin. bonorum pessessorem seu hæredem prætorium agere posse interdicto adipiscendæ possessionis contra illum qui pro hærede, seu pro possessore possidet? Unde tunc apparebit obligatio, quæ unica causa ordinaria est actionum personalium? Recurrere autem ad extraordinarias, quæ ab æquitate veniunt, effugium est, quod nostro casui non accommodatur. Apparet utique in interdicto recuperandæ possessionis, sed hoc ideo est, quia dejiciens à possessione contra quem intenditur, versatur in maleficio, quod unus est ex quatuor fontibus, ex quibus obligationes nascuntur. In interdicto vero adipiscendæ actor non petit possessionem, quia sibi debetur ex contractu, seu maleficio, sed quia ad se pertinet, et sua est, ac proinde actione in rem jure possessionis. Nolumus ergo sequi cum Heinec novatorem Bornium, despicientes possessionem, quæ tantam vim possidenti dat, ut ea sola nixus vincat rei petitorem, qui dominium

non probaverit, secundum famosam regulam: *Actore non probante, reus etsi nihil præstiterit, absolvendus est.* Mitto alios effectus nobilissimos possessionis, qui etiam probant immerito Heineccium eam in tantum vilipendere.

4 Quod ad acquisitionem attinet, ea quoque non est unius modi: aliter enim dominium et jura illa in rem à dominio separata acquiruntur; aliter obligatio sive creditum, sicut ex progressu apparebit: in quo si forte methodi leges non satis accurate Compositores observaverint, id non tam in iis reprehendendum, quam sæculo condonandum est. De modis acquirendi dominii, ut præcipui et summi in rebus juris, initium faciunt. Dominium est: *Jus de re pro arbitratu statuendi, nisi specialiter obsistat lex conventio, aut testatoris voluntas.* Hoc idem jus à re quæsita *proprietas* dicitur, *l.* 13. *hoc tit. de acquir. rer. domin.* quanquam *proprietatis* vocabulo sæpe in jure nostro nuda proprietas significatur, à qua scilicet ususfructus separatus est, ut *passim in tit. de usufr.* quod et in voce *dominii* contingit, *l.* 6. §. *ult. C. de bon. quæ lib.* et videtur, veteres dominium proprie de re corporali dixisse, arg. *tit. Pand. de acq. rer. domin. et tit. Pand. C. de rei vind.* ut tamen interdum largius eandem vocem acceperint de omni jure, quo res aliqua nostra est, ut in *l.* 17. *quib. mod. us. am. l.* 10. §. 3. *hoc tit. l.* 3. *si ususfr. pet.* quo loco et possessio de re incorporali simpliciter prædicatur, quam tamen propriam esse constat rerum corporalium (1).

5 (*Multis modis*). Privata nulla sunt natura, ait M. Cicero *lib.* 1. *de offic. cap.* 6. sed aut veteri occupatione, ut qui quondam in vacua venerunt, aut victoria, ut qui bello potiti sunt.

Nam propriæ telluris hærum natura nec illum,
Nec me, nec quenquam statuit..

ut Horatius *lib.* 2. *sat.* 2. *vers.* 129. *seq.* Modi acquirendi multi sunt, et varii, tum jure gentium, tum jure civili: qui tamen ad paucos memoriæ causa commode revocari possunt, et mea quidem sententia qui ex jure gentium sunt, commodissime ad duos. Quicquid enim jure gentium nobis acquiritur, id vel facto nostro seu occupatione acquirimus; vel vi et potestate rei nostræ. Occupationis enim species sunt non tantum venatio, aucupium, piscatio; sed etiam specificatio, inventio et apprehensio rerum, quæ nullius sunt quæve dominum habere desierunt, quæ ex hostibus capiuntur, postremo etiam, quæ transferuntur voluntate domini; quæ omnia suis locis demonstrabimus. Vis ac potestas rei nostræ duplex est; ut quicquid ex re nostra nascitur, nostrum sit, ut quæcunque rei nostræ accedunt, rem nostram ejusque conditionem sequantur: quorum alterum generali nomine fœtura appellari potest, alterum accessio.

(1) *L.* 1. *tit.* 30. *P.* 3.

6 Vel aliter recte dixeris unum acquirendi modum *derivativum* esse; cæteros *originarios. Derivativus* dicitur ille: *Per quem res acquirimus ex voluntate et facto alterius*, qualis est sola *traditio. Originarii* sunt: *Per quos dominium acquirimus, quin necessarium sit factum vel voluntas alterius*, quales sunt *occupatio, fœtura, accessio.* Ad hos modos reliqui omnes commode referuntur. Observa autem modum derivativum distingui à titulo adquirendi. Modus est ipsa traditio per quam dominium in accipientem transfertur, prævio justo titulo, qui nihil aliud est quam justa causa tradendi: quæ differentia non est in originariis, ut id explicamus *inf.* §. 40. *n.* 2.

7 (*Quod appellatur jus gentium*). Quod ait Justinianus, hoc jus cum ipso genere humano proditum esse; id de jure gentium primævo recte dicitur, de secundario non item: ex quo tamen sunt nonnulli acquirendi modi, de quibus *hoc titulo* agitur. Respexit fortassis Imperator formas rerum acquirendarum præcipuas, quæ ex jure illo antiquo originem habent. Cæterum et de jure gentium secundario, eoque quod pro certo rerum statu naturale est, hæc accipienda.

TEXTUS.

De occupatione ferarum.

12 *Feræ igitur bestiæ, et volucres, et pisces, et omnia animalia, quæ mari, cœlo, et terra nascuntur, simul atque ab aliquo capta fuerint, jure gentium statim illius esse incipiunt. Quod enim ante nullius est, id naturali ratione occupanti conceditur: nec interest feras bestias, et volucres utrum in suo fundo quis capiat, an in alieno* (1). *Plane qui alienum fundum ingreditur venandi, aut aucupandi gratia, potest à domino, si is prævíderit, prohiberi ne ingrediatur. Quicquid autem eorum ceperis, eousque tuum esse intelligitur, donec tua custodia coërcetur. Cum vero tuam evaserit custodiam, et in libertatem naturalem sese receperit, tuum esse desinit, et rursus occupantis fit. Naturalem autem libertatem recipere intelligitur, cum vel oculos tuos effugerit, vel ita sit in conspectu tuo, ut difficilis sit ejus persequutio* (2).

COMMENTARIUS.

1 Ex modis rerum jure gentium acquirendarum primus et præcipuus est occupatio: quæ quam late pateat, ex iis, quæ paulo ante dicta sunt, intelligi potest. *Hoc loco*, et quatuor §§. *seqq.* descriptis ex *l.* 3. *et l.* 5. *eod.* agitur de ea occupatione, quæ ferarum est, et *venatio* in genere appellatur: cujus species sunt, venatio quadrupedum, aucupium, piscatio. Igitur feræ bestiæ, quadrupedes, volucres, pi-

(1) *L.* 17. *d. tit.* 28. *P.* 3.

(2) *L.* 19. *eod.*

sces, simul atque ab aliquo captæ, hoc est, apprehensæ et in manum ac potestatem alicujus redactæ sunt, jure gentium statim illius esse incipiunt. Estque hoc genus acquisitionis longe antiquissimum, ipsaque adeo lege creationis concessum, *cap.* 1. *Gen.* et *Psalm.* 8. Quæ et Stoicorum sententia est, teste Cic. 1. *de offic. cap.* 6. et Aristotele 1. *Pol.* 4. cum ajunt, omnia quæ in terris gignuntur, ad usum hominum naturam creasse.

2 (*Feræ*). Ferum est: *Quicquid à cicure discretum est.*: nam feras generali nomine appellamus: *Omnia animalia, quibus à natura vis infinita insita est libere vagandi in terra, mari, aëre*; unde feras à ferendo dictas volunt, quod naturali suo impetu feruntur, vel quod è conspectu hominum se auferant in solitudines. Neque excludimus, quæ hominum commercio mansuefactæ sunt. Nam utrum ferum sit animal, an mansuetum, ex natura æstimandum est, non ex assuefactione, §. 15. *infr. eod.* Cæterum quæ *hoc* §. traduntur, ad occupationem earum ferarum pertinent duntaxat, quæ vel à nullo adhuc occupatæ sunt, vel occupatæ, naturalis suæ libertatis iterum factæ sunt compotes.

3 (*Cœlo*). Cœlum pro aëre, atque ita etiam sacri scriptores accipiunt, *Matth. cap.* 6. *v.* 26.

4 (*Quod ante nullius est*). Modo ita affectum sit, ut alicujus esse possit: nam res, quæ commercio hominum exemptæ sunt, ut res divinæ et publicæ, satis constat, ad hanc regulam non pertinere, quamvis et ipsæ nullius sint: nec item res hæreditarias, quas, quandiu hæreditas adita non est, inter res nullius numerat Cajus in *l.* 1. *de rer. div.* nam hæreditas interim pro domino est, *l.* 31. §. 1. *de hæred. instit.* Simile axiomati proposito est illud Quintiliani *declam.* 13. *Quod omnibus nascitur, industriæ præmium est*, Plaut. in *Rudent, act.* 4. *sc.* 3.

Meum, quod rete, atque hami nacti sunt.

5 (*Nec interest, utrum in suo fundo*). Amplificatio regulæ positæ; nimirum etiam in fundo alieno capta capientium fieri; cujus amplificationis ratio non est obscura. Nam quocumque loco feræ sunt, dummodo sint in naturali libertate, nullius sunt, et consequenter transeunt in jus occupantis.

6 (*Potest à domino prohiberi*). ¿Quid si nihilominus ingressus sit, et feram ceperit? Vulgo placet, adhuc eam occupantis fieri, et recte: nam id superiori regulæ omnino consequens est. Non obstat, quod in prædio alieno domino invito venari non licet, *l.* 16. *de serv. rust. præd.* nam prohibitio ista conditionem animalis mutare non potest, neque efficere, ut id, quod captum est, fiat prohibentis: alioqui non nudam prohibenti actionem injuriarum pareret, *l.* 13. §. *ult. de injur.* sed rei vindicationem, et condictionem furtivam.

7 (*Eousque tuum esse intelligitur, &c.*). Alia superioris pro-

positionis amplificatio, videlicet eam etiam procedere, etsi fera jam ante capta sit ab aliquo, si ea in naturalem libertatem postea se receperit. Nam quod venando per occupationem acquisitum est, id non diutius nostrum manere, quam quandiu in potestate nostra et custodia sit: ubi vero evaserit custodiam nostram, et in laxitatem naturalem se receperit, desinere nostrum esse, et rursus fieri occupantis, *l.* 3. §. 2. *eod.* Quod ut singulare notandum est in dominio ferarum: nam aliarum rerum dominium etiam amissa possessione retinetur.

8 "In Hispania feræ in fun- »do alieno captæ, ingressum seu »venationem domino prohibente, »non fiunt capientis, sed domini »fundi, *l.* 17. *tit.* 28. *P.* 3. un- »de in apibus idem obtinet, *l.* 22. »*eod.* et *ibi* Greg. Lop. *gloss.* 3. »Verba autem *dd. ll.* adeo clara »sunt, ut non facile admittant »interpretationem in contrarium »adductam à D. Covarr. in *cap.* »*Peccatum de reg. jur. in 6. p.* »2. §. 8. *nn.* 5. *et* 9."

TEXTUS.

De vulneratione.

13 *Illud quæsitum est, an si fera bestia ita vulnerata sit, ut capi possit, statim tua esse intelligatur. Et quibusdam placuit, statim esse tuam, et cousque tuam videri, donec eam persequaris: quod si desieris persequi, desinere tuam esse, et rursus fieri occupantis. Alii vero putaverunt, non aliter tuam esse quam si eam ceperis. Sed posteriorem sententiam nos confirmamus, quod multa accidere soleant, ut eam non capias* (1).

COMMENTARIUS.

1 Fuere ex prudentibus, interque eos Trebatius, qui existimabant, feram bestiam, si ita à venatore vulnerata sit, ut capi posse videatur, statim venatoris esse, ejusque tandiu manere, donec illam persequatur. Verum hæc sententia ideo displicuit, quia ex superiore regula, non vulneranti et persequenti, sed occupanti et capienti fera conceditur. Non potest autem dici, feram cepisse, qui spem tantum capiendi habet, cum multa accidere possint, quæ spem istam frustrentur, et ut fera evadat, *l.* 5. §. 1. *eod.* sicut in adagio Græco: *Inter os et offam multa intervenire possunt.* Grot. *lib.* 2. *man. cap.* 4. notat, eum qui feram ab alio excitatam capit, quamvis dominus feræ fiat, tamen ut inciviliter venanter eo nomine à ministris Saltuarii multari posse.

2 ¿Cur vero, inquis, cum fera statim ut capta est, nostra fiat, non et ex contrario semel capta, si postea elapsa sit, statim nostra esse desinit, sed tandiu nostra manet, quandiu eam cum spe recuperandi persequimur? Nimirum quia possessio, ex qua do-

(1) *L.* 21. *d. tit.* 28. *P.* 3.

minia rerum jure gentium cœperunt, facilius retinetur, quam acquiritur. Ad acquisitionem non sufficit, rem esse in conspectu nostro, ejusque apprehendendæ animum et spem aliquam habere: sed manu occupanda et corporaliter apprehendenda est, *l.* 1. §. 1. *l.* 3. §. 1. *de acquir. vel amitt. poss.* (1). Ad retinendam autem possessionem semel quæsitam solus animus sufficit, *d. l.* 3. §. 11. *l.* 1. §. 25. *unde vi*, (2), eumque animum tandiu retinere intelligimur, quandiu non vana spes est fore, ut mox rem recuperemus; at spe recuperandi sublata, jam animum quoque possidendi nos desinere habere, fac. *l.* 44. *hoc tit. l.* 6. §. *ult. de acq. poss.*

3 Animadvertendum tamen est, omnium Rerumpubl. et Regnorum constitutionibus modum venationibus præscriptam esse. Constitutione Friderici Imperatoris vetatur rusticis retia, laqueos, aut alia instrumenta ad capiendas feras tendere, nisi ad ursos, apros, vel lupos capiendos: quas bestias credibile est ideo exceptas esse, quia tanta earum diritas est atque immanitas, ut publice intersit eas ab omnibus necari, *lib.* 2. *Feud. tit. de pace tenend.* 27. §. *si quis.* Sunt qui existimant non posse citra injuriam lege civili aliquos impediri, ne feras capiant, captasque suas faciant, quoniam jure naturæ, quod immutabile est, hoc omnibus licet, Menoch. *cons.* 298. *num.* 18. *lib.* 3. et alii relati apud Fachin. *lib.* 1. *cont. cap.* 1. Sed verius est posse. Est enim hoc jus ex jure naturæ permittente, non præcipiente ut semper liceat. Vide Covarr. in *cap. Peccatum de reg. jur. in 6. p.* 2. §. 8.

4 " In Hispania sæpe etiam » venationi et piscationi extra ma- » re modus præscriptus est; et » novissime *edicto* anni 1772. in » quo et absolute prohibentur » tempore fœturæ à die scilicet 1. » Martii usque ad 1. Augusti, et » alibi usque ad 1. Septembris, » et alia statuuntur moderamina, » quæ in laudato edicto videre li- » cet. Illud autem prætereundum » non est, prohibitione eximi et » expresse permitti, *n.* 8. *ejusd.* » *edict.* aucupium coturnicum cæ- » terarumque avium advenarum » (*de paso* nos dicimus) etiam » tempore fœturæ retibus et illi- » cio seu simulato cantu."

TEXTUS.

De apibus.

14 *Apium quoque fera natura est. Itaque apes, quæ in arbore tua consederint, antequam à te alveo includantur, non magis tuæ intelliguntur esse, quam volucres, quæ in arbore tua nidum fecerint, ideoque si alius eas incluserit, is earum dominus erit. Favos quoque, si quos effecerint, eximere quilibet potest. Plane integra re, si prævideris ingredientem fundum tuum, poteris eum jure prohibere, ne ingrediatur. Examen quoque, quod*

(1) *D. l.* 21.

(2) *L.* 12. *tit.* 30. *P.* 3.

ex alveo tuo evolaverit, eousque intelligitur esse tuum, donec in conspectu tuo est: alioquin occupantis fit (1).

COMMENTARIUS.

1 Quia de quibusdam animantibus dubitari poterat, sint ne naturâ fera, an mansueta, et maxime de apibus, pavonibus, columbis, gallinis, et anseribus: non abs re est quod *hoc loco* nos Imperator docet, quo numero hæc animantia habenda sint. Ambigi primo potest de apibus, quippe quas Plinius docet, nec mansueti generis esse, nec feri, *lib.* 11. *natur. hist. cap.* 5. Varro *lib.* 3. *de re rust. cap.* 16. in feras et cicures distinguit, uti et Columel. *lib.* 9. Plinius *d. lib. cap.* 18. in rusticas sive sylvestres et urbanas. Sed dubitandum non est, quin utut diversa sint apium genera, unam tamen omnium sit natura, eaque fera et sylvestris, ut *hic* ex Cajo *l.* 5. §. 2. *hoc tit.* refert Justinianus. Libere enim omnes feruntur et vagantur, nec raro locum et alvearia mutant, etiam quæ aliquandiu inclusæ fuerunt. Quamobrem licet Plinio videantur mixti esse generis, fortasse quod in iis quid observaverit, quod naturam animalis mansueti sapiat; tamen in hoc quod tractamus argumento, pro feris omnino habendæ sunt. Nec obstat distinctio illa Varronis: nam cum feras à cicuribus non natura, sed loco separet, feras appellans quæ pascitant in sylvestribus, cicures, quæ in locis cultis habentur; satis apparet, cicures eum vocare, non quæ natura tales sunt, sed cura hominum, cicuresque dixisse pro cicuratis, vel potius pro iis, quæ minus feræ sunt, et occupatæ facilius mansuefiunt, quam sylvestres.

2 Nec huic contrarius est Ulpianus dum in *l.* 8. §. 1. *fam. ercisc.* respondet ex sententia Pomponii, apes venire in judicium familiæ erciscundæ sive hæreditatis dividendæ, quia in patrimonio nostro sunt, eumque, qui eas amovet, furtum committere. Nam non ideo hæc animalcula habet in genere mansuetorum: sed aperte loquitur de apibus quæ alveariis jam inclusæ ita assuefactæ sunt, ut ubi evolaverint, eundem locum sponte repetant: neque aliis apibus feras opponit Paulus *l.* 26. *de furt.* Constat autem, animalia, quæ ex feris mansuefacta atque ita condocefacta sunt, ut ex consuetudine abeant et redeant, cum de occupatione eorum quæritur, quandiu illam consuetudinem retinent, quod ex circumstantiis Judex æstimabit, eodem jure, quo mansueta haberi.

TEXTUS.

De pavonibus, et columbis, et cæteris animalibus mansuefactis.

15 *Pavonum quoque, et columbarum fera natura est: nec*

(1) *L.* 22. *d. tit.* 28. *P.* 5.

ad rem pertinet, quod ex consuetudine evolare, et revolare solent: nam et apes idem faciunt, quarum constat feram esse naturam. Cervos quoque quidam ita mansuetos habent, ut in silvam ire, et redire soleant, quorum et ipsorum feram esse naturam nemo negat. In iis autem animalibus, quæ ex consuetudine abire, et redire solent, talis regula comprobata est, ut eousque tua esse intelligantur, donec animum revertendi habeant. Nam si revertendi animum habere desierint, etiam tua esse desinunt, et fiunt occupantium. Revertendi autem animum videntur desinere habere tunc, cum revertendi consuetudinem deseruerint (1).

COMMENTARIUS.

1 Quæ in §. *præced.* diximus de apibus, ea omnia obtinent in pavonibus et columbis. Et nota Pomponium in *l.* 37. *de furt.* dixisse pavonem mansuetum pro mansuefacto.

TEXTUS.

De gallinis, et anseribus.

16 *Gallinarum autem, et anserum non est fera natura; idque ex eo possumus intelligere, quod aliæ sunt gallinæ, quas feras vocamus, item alii sunt anseres, quos feros appellamus. Ideoque si anseres tui, aut gallinæ tuæ aliquo modo turbati, turbatæve evolaverint, licet conspectum tuum effugerint, quocumque tamen loco sint, tui, tuæve esse intelliguntur: et qui lucrandi animo ea animalia detinet, furtum committere intelligitur* (2).

COMMENTARIUS.

1 Postremo dubitatum de gallinis et anseribus; et harum avium naturam initio feram esse negat Justinianus, quod et Cajus facit in *l.* 5. §. 6. *hoc tit.* Mox tamen et ille, et hic earum duo genera faciunt, quorum alterum natura sit ferum et agreste; alterum mansuetum et placidum: eamque naturarum differentiam in omni fere genere animalium animadverti posse, testatur Plin. *lib.* 8. *cap.* 53. De generibus anserum et gallinarum et natura cujusque scripsere idem Plin. *lib.* 10. *cap.* 21. Varro *lib.* 3. *de re rust. cap.* 9. Columel. *lib.* 8. *cap.* 2. Pallad. *lib.* 1. *cap.* 30.

2 (*Quocumque loco sint tui, tuæve*). Regula generalis est, ad omne genus animalium mansuetorum pertinens, ea nostra manere, quamvis ita aufugerint, ut neque sint in conspectu nostro, et ubi ea sint, ignoremus, vel quocunque modo hoc acciderit, neque enim in iis occupationi locus est. Quapropter etsi lupus ovem meam, exempli causa rapuerit, ea mea esse non desinit, quandiu recipi potest: et si forte eam alius lupum canibus suis persecutus eripuerit, suam non faciet; sed reposcenti

(1) *L.* 23. *d. tit.* 28. *P.* 3.

(2) *L.* 24. *eod.*

mihi restituenda est, *l.* 44. *hoc tit.*

3 Tres igitur regulæ pro triplici animalium differentia ex his, quæ hactenus diximus, observantur. 1. Feras, quarum libertas vel nunquam adempta est, vel quæ captæ in eam se receperunt, occupantis fieri. 2. Animalia mansueta, quocumque loco sint, nostra manere, neque occupatione cuiquam acquiri posse. 3. Mansuefacta ita ut abire, et redire soleant, quandiu eam consuetudinem retinent, jure mansuetorum censeri; deposito revertendi animo, ut cæteras feras, secundum regulam concedi occupanti.

4 (*Furtum committere intelligitur*). *l.* 5. §. 6. *d. l.* 44. *hoc tit.* quod et in mansuefactis obtinet, si quis ea animalia, cum ex consuetudine abire et redire solitæ essent, interceperit, *l.* 8. §. 1. *fam. erc.*

TEXTUS.

De occupatione in bello.

17 *Item ea quæ ex hostibus capimus, jure gentium statim nostra fiunt: adeo quidem, ut et liberi homines in servitutem nostram deducantur: qui tamen si evaserint nostram potestatem, et ad suos reversi fuerint, pristinum statum recipiunt* (1).

COMMENTARIUS.

1 Quod hic et apud Cajum *l.* 5. §. *ult. eod.* traditur, ea, quæ ex hostibus capimus, jure gentium statim nostra fieri, difficultate non caret. Nam alibi legimus, agrum ex hostibus captum publicari, *l.* 20. §. 1. *de capt. et postlim.* Bona captivorum in fiscum cogenda, *l.* 31. *de jur. fisc.* et similia. Sed res expedienda est cum D. Grot. 3. de *jur. bell.* 6. *n.* 10. *et* D. Tulden. in *commm. hic cap.* 29. distinctione facta inter actus vere publicos belli, et inter actus privatos, qui fiunt occasione belli publici; ut dicamus, per illos actus res acquiri populo; per hos primo ac directo privatis. Res soli nisi publico actu, inducto exercitu, impositis præsidiis, capi non solent: et ideo ut Pomponius respondit, publicatur ager, sive publicus fit populi, qui ex hostibus captus sit, *l.* 20. §. 1. *de capt.* Mobilia vero et se moventia, aut in ministerio publico capiuntur, aut extra illud. Priori casu etiam illa populi fiunt, cui hic singuli ut ministri operam navant: nam ut Ducibus exercitus prædæ dispensandæ aliquod arbitrium concessum fuerit, tamen actus sui rationem debebant populo, de quo late Grot. *ubi supr. n.* 15. Posteriore autem casu fiunt singulorum capientium, quia quod extra actum publicum capiunt, non intelliguntur capere ut ministri. Hinc est quod si quid milites capiunt non in procinctu, aut in eo quod facere jubentur, sed in eo quod promiscuo jure, aut solo permissu faciunt, id sibi statim acquirunt:

(2) *L.* 20. *d. tit.* 28. *P.* 3.

capiunt enim non ut ministri. Talia sunt spolia, quæ detrahuntur hosti in dimicatione singulari. Talia quoque, quæ procul ab exercitu in liberis et injussis excursibus capiunt. Nunc vero passim usurpatur, ut in direptionibus oppidorum et præliis suum quisque faciat, quod cepit: in excursibus verò capta, omnia fiant eorum, qui in comitatu sunt inter ipsos pro dignitatis ratione partienda.

2 Rationem hujus juris docet Paulus ex Nerva filio, *l.* 1. §. 1. *de adq. poss.* nimirum: jure gentium res hostium hostibus esse non alio loco, quam quo sunt res nullius, ac proinde eorum fieri, qui primi earum possessionem nacti sunt. Non distinguunt in hoc negotio inter res mobiles et soli; neque distinguere debuerunt. Nam quæ nullius sunt, sive immobilia sint, sive mobilia, semper fiunt capientium; sed tam eorum, qui per alios quam qui per se capiunt; neque enim servi tantum aut filiifam. sed et liberi homines, qui venando, aucupando, piscando, margaritas legendo operam suam addixerunt, statim ejus quod ceperunt, possessionem et dominium aliis acquirunt, iis scilicet, quibus operam navant; quippe quæ naturaliter acquiruntur, non modo per nosmetipsos, sed etiam per quemlibet alium, cujus ministerio utimur, acquirere possumus; locumque hic habet, quod dicitur, nihil interesse, utrum per se quis faciat, an per alium. *l.* 53. *hoc tit. l.* 1. §. 20. *l.* 3. §. 1. *de acquir. poss.* Sic apud Græcos, qui in Olympiis certabant, præmia acquirebant iis, à quibus mittebantur.

TEXTUS.

De occupatione eorum, quæ in litore inveniuntur.

18 *Item lapilli, et gemmæ, et cætera, quæ in litore maris inveniuntur, jure naturali statim inventoris fiunt* (1).

COMMENTARIUS.

1 Acquisitionis naturalis et quidem occupationis species est inventio. Ea pro duplici objecto distingui potest in duo genera; nam aut earum rerum est, quæ nunquam ullius fuerunt; aut earum, quæ desierunt habere dominum, quales sunt thesaurus, et res pro derelictis habitæ. De priore genere *hic* agitur; de altero in §. 39. et §§. *pen. infra eod.*

2 (*Lapilli, et gemmæ*). Margaritæ, conchylia, coralia, cæteraque, quæ in mari aut litore maris nata, nec ab alio ante occupata, inveniuntur, *l.* 3. *de rer. div. l.* 1 §. 1. *de acq. poss.* Quod autem à mari productum non est, sed à navigantibus in tempestate ejectum, vel quod naufragio fluctibus in litus expulsum est, eorum permanet, qui ejecerunt vel

(2) *L.* 5. *d. tit.* 28. *P.* 3.

naufragium fecerunt, §. *ult. infr. eod.*

3 (*Statim inventoris fiunt*). Inventio species est, ut diximus, occupationis. Non igitur ut quisque hæc videre cœperit, et notare oculis, ita statim ejus fient, quod quidam putant; sed necesse est, ut possessionem eorum nanciscatur, si mobilia sint, manu apprehendat; si immobilia, ea ingrediatur, *l.* 1. §. 1. et *ibi.* Coras. *num.* 12. *l.* 3. §. *de adquir. poss.* Connant. 3. *comm.* 3. Grot. *mar. lib. cap.* 2. Harum autem rerum dominium semel inventori quæsitum, etiam amissa possessione retinetur, ut juris est in rebus omnibus, quæ dominio nostro subjectæ sunt: exceptis feris bestiis, quæ ubi custodiam nostram evaserint, una cum possessione dominium nobis auferunt, quasi jure quodam postliminii in pristinam libertatem reversæ.

TEXTUS.

De fœtu animalium.

19 *Item ea, quæ ex animalibus dominio tuo subjectis nata sunt, eodem jure tibi acquiruntur* (1).

COMMENTARIUS.

1 Quæcunque jure gentium acquiruntur, ea diximus in summa nobis acquiri duabus rationibus: facto et occupatione nostra; rei nostræ potestate ac beneficio. Rei nostræ hæc vis est, ut duo nobis tribuat: fœturam, hoc est, quicquid ex ea nascitur aut provenit; et accessionem, sive quicquid accedit ei, ita ut unitum ab ea trahatur: quæ distinctio docendi causa à nobis retinebitur. DD. vulgo utramque illam rei nostræ vim uno accessionis nomine comprehendunt, cujus deinde duo genera faciunt: discretam, puta fœtus animantium; et continuam, puta alluvionem. Præsens *hic textus* ad fœturam pertinet, *sequentes aliquot* ad accessionem.

2 (*Ex animalibus nostris*). *L.* 2. *l.* 6. *hoc tit.* Item partus editi ab ancillis nostris, §. *pen. supr. de jur. pers.* In summa quicquid res nostra ex se edit, sive ea mobilis sit, sive soli, id nobis hoc jure acquiritur; quamvis de solo fœtu animalium *hic* sermo. Et placet, hæc statim ipso ortu nobis acquiri, etiam ignorantibus et invitis: nimirum vi et potestate rei nostræ, sicut diximus. Plane autem eadem ratione fœtus animalium nostrorum nostri fiunt, qua nostra fiunt quæ in solo nostro nata sunt; nimirum, ut solum ipsum hæc nostra facit, non satio ulla, aut plantatio undecunque profecta, *l.* 25. *de usur. l.* 11. *C. de rei vind.* ita et animalia et ancillæ nostræ, quia instar soli sunt, ea, quæ conceperunt, nobis pariunt, *l.* 5. §. 2. *de rei vind. l.* 7. *C. eod.* (2). Atque ut fructus à solo nostro separati ideo nostri sunt et manent, quia cum adhuc

(2) *L.* 25. *tit.* 28. *P.* 3.

(2) *D. l.* 25.

solo cohærebant, pars soli intelligebantur, *l.* 44. *de rei vind.* ita et fœtus ab animalibus nostris, et partus ab ancillis editi, nostri manent, quia antequam edantur, portio sunt viscerum matris, *l.* 1. §. 2. *de insp. vent.* Adde quod fœmina in alendo fœtu omnia confert de suo, quæ et ipsa interim à domino alenda sit.

TEXTUS.

De alluvione.

20 *Præterea quod per alluvionem agro tuo flumen adjecit, jure gentium tibi acquiritur. Est autem alluvio incrementum latens. Per alluvionem autem id videtur adjici, quod ita paulatim adjicitur, ut intelligi non possit, quantum quoquo temporis momento adjiciatur* (1).

COMMENTARIUS.

1 Potestate rei nostræ etiam ea jure gentium acquirimus, quæ rebus nostris ita accedunt, ut iis cohæreant atque ab iis trahantur: unde hoc genus acquisitionis *accessio* appellatur. Accessio hæc vel *industrialis* est, quæ contingit facto et opera hominis, de quo genere *infr.* §. 26. et multis *seqq. eod.* vel *naturalis* est, quæ fit naturali operatione et beneficio fluminis. Atque hoc modo quatuor rerum genera nobis acquiruntur: quæ latenter per alluvionem à flumine agris nostris adjiciuntur; quæ aperta vi fluminis de alieno avulsa cum prædio nostro unita sunt; insula in flumine nata; alveus à flumine relictus: quæ et totidem §§. ordine explicantur ex Cajo, *l.* 7. §. 1. *et seqq. hoc tit.* et primum quidem genus in *hoc textu* proposito. In *C.* etiam tit. est *de alluv.*

2 Per alluvionem igitur adquirimus quod flumen adjecit agro nostro, arcifinio scilicet, qui non alium finem ea parte habet quam naturalem, id est, ipsum flumen: nam agros limitatos alluvionem non habere, diserte traditum est, *l.* 16. *eod.* Quantum autem ex *d. l.* 16. colligere licet, ager limitatus dictus fuit: *Ager ex hostibus captus, et deinde à populo vel Principe privatis ita possidendus datus, ut certis limitibus sive finibus jus possessoris circumscriberetur*; ut sciretur, quod extra hosce fines esset, id publicum manere, sive quod accrevisset postea, id populo accrescere, vid. Don. 4. *comm.* 27. Giphan. ad *d. l.* 16. Connan. 3. *comm.* 5. qui hunc locum præ cæteris illustrat ex Aggen. et Jul. Frontino *de qualit. agror. et controversia limit.* Limitatis agris similes sunt qui certa mensura comprehenduntur; parisque in hac re juris cum limitatis esse debent, ut jus alluvionis non habeant, cum possessores eorum ultra assignatum modum nihil possidere possint, Connan. *d. loc.* Grot. 2. *de jur. bell. cap.* 8. *num.* 12.

3 (*Flumen adjecit*). Ad differentiam lacuum et stagnorum, in

(1) *L.* 26. *tit.* 28. *P.* 3.

quibus jus alluvionis non agnoscitur. Etenim ut sola flumina fluxum et motum naturalem habent; quo fit, ut ripas suas et terminos sæpe mutent: ita et sola alluvionem admittunt. Lacus autem et stagna, licet interdum crescant et decrescant; tamen quia terminos suos retinent, alluvionem natura non recipiunt, *l.* 12. *eod.*

4 (*Incrementum latens*). Alluvionem dicit esse: *Incrementum latens*, cum quid ita paulatim et obscure prædio nostro adjicitur, ut sensu percipi non possit quantum quoquo temporis momento alterius prædio detrahatur, et adjiciatur nostro. Ex quo crescit hujus acquisitionis æquitas; nimirum, quod quæ alluvione accedunt, ita lente et obscure detrahantur, ut intelligi non possit, si forte de iis restituendis quæratur, quorum prius fuerint, aut quibus detracta. De alluvionibus ex professo scripserunt Bart. *part.* 1. *tract. Tyberiad.* et Baptista Aymus tribus libris.

TEXTUS.

De vi fluminis.

21 *Quod si vis fluminis de tuo prædio partem aliquam detraxerit, et vicini prædio attulerit, palam est, eam tuam permanere. Plane, si longiore tempore fundo vicini tui hæserit, arboresque, quas secum traxit, in eum fundum radices egerint; ex eo tempore videntur vicini fundo acquisitæ esse* (1).

(1) *D. l.* 26. *tit.* 28. *P.* 3.

COMMENTARIUS.

1 Proponitur *hic* altera accessionis naturalis species, quæ à flumine est, et earum rerum, quæ non latenter, sed vi fluminis aperta alieno prædio detractæ et in vicinum invectæ sunt. Hæc à superiore illa multum differt. Nam si pars terræ integra à vicini agro vi fluminis avulsa sit et nostro prædio adjecta; ea non statim nobis acquiritur, ut acquiruntur quæ latenter flumen adjicit per alluvionem; sed quandiu nondum coaluit, et unitatem cum terra mea fecit, manet ejus, cujus ante fuit, quia manet eadem species seu idem individuum, ut loquuntur; aut ut clarius loquar et nostro more, quia cum nondum coaluit, partem prædii mei non facit, ut ei cedere debeat. Ubi vero coaluit, et tanquam trabali clavo agro meo affixa est, jam ut pars fundo meo cedat necesse est, et mihi jure accessionis acquiritur. Hujus igitur acquisitionis flumen ex parte tantum causa est, et remotior: proxima et potissima, coalitio.

2 (*Videntur vicini fundo acquisitæ*). Locus mendosus est, et restituendus ex *Pand. Florentinis*, in quibus legitur numero singulari: *videtur vicini fundo acquisita*, *l.* 7. §. 2. *hoc tit.* quam lectionem flagitat ipse contextus, cum si numero plurativo legas,

mutetur subjectum quæstionis.

3 "In Hispania etiam obti- »net, ut per coalitionem domi- »nus terræ, cui unita est pars »avulsa, hujus dominium acqui- »rat; cæterum tenetur domino par- »tis avulsæ solvere præjudicium »illi illatum, arbitrio bonorum »peritorumque hominum, ut ex- »presse docet, *l.* 26. *tit.* 28. *P.* 3. »de qua vide Greg. Lop. *glos.* 7. »ubi bene probat valorem ar- »borum avulsarum considerari »oportere, quatenus illæ erant »avulsæ: de quo nihil jure Ro- »manorum cautum."

TEXTUS.

De insula.

22 *Insula, quæ in mari nata est (quod raro accidit) occupantis fit* (1): *nullius enim esse creditur. At insula in flumine nata (quod frecuenter accidit), si quidem mediam partem fluminis tenet, communis est eorum, qui ab utraque parte fluminis prope ripam prædia possident, pro modo scilicet latitudinis cujusque prædii, quæ prope ripam sit. Quod si alteri proximior sit parti, eorum est tantum, qui ab ea parte prope ripam prædia possident* (2). *Quod si qua parte divisum sit flumen, deinde infra unitum, agrum alicujus in formam insulæ redegerit, ejusdem permanet is ager, cujus et fuerat* (3).

COMMENTARIUS.

1 Tertium rerum genus, quod jure accessionis naturalis acquirimus, est insula in flumine nata vado cohærens: de qua specie acquisitionis ex professo tractatur *hoc* §. Aspergitur initio aliquid de acquisitione insulæ in mari natæ, uti et apud Cajum, *l.* 7. §. 3. *eod.* unde *hic locus* sumptus est, sed per occasionem duntaxat: nec huc pertinet, sed ad primum genus acquisitionis juris gentium, occupationem. Insula in genere est: *Terra aquis circumdata.*

2 (*Quod frequenter accidit*). Plin. *lib.* 2. *nat. hist. cap.* 85. scribit, fluminum invectu id fieri, nimirum, quia flumina fere limosa sunt, et multis plerumque locis vadosa, sæpe accidit, ut limus, quem secum trahunt, et alia limo illita vado hærescant et adglutinentur, quibus paulatim auctis, locus ille alvei tandem supra flumen eminere incipiat. Liv. *lib.* 2. *cap.* 5. refert, cum Romani mediis caloribus, campi Martii segetem messi maturam et cum stramento desectam (quia religiosum erat consumere) in Tiberim tenui tum aqua fluentem effudissent, insulam inde enatam esse firmam templis quoque et porticibus sustinendis. Sed neque constans est fluminis cursus, sicut est maris; neque ut mare, fluxum et refluxum habet. Quæ omnia consideravit Pomo. *l.* 30. §. 2. *hoc tit.*

(1) *L.* 19. *d. tit.* 28. *P.* 3.
(2) *L.* 27. *eod.*
(3) *L.* 28. *eod.*

cum scribit, insulam in flumine fieri tribus modis: uno, cum agrum, qui alvei non fuit, annis circumfluit; altero, cum locum aliquem, qui alvei esset, siccum relinquit et circumfluere cœpit; tertio, cum paulatim colluendo locum eminentem supra alveum fecit, eumque alluendo auxit. Adhæc aliquando evenit quod Paulus notat. in *l. pen.* §. 2. *eod.* ut ex virgultis aliave qualibet levi materia in superficie fluminis concrescente, insula existat, quæ ita sustineatur in flumine, ut solum ejus non tangat.

3 (*Si quidem mediam partem*). Tria fere sunt, quæ de acquisitione insulæ in flumine nascentis quæri possunt: cui, quatenus, et quo jure seu qua juris ratione acquiratur. Cæterum sciendum est, non de omni insula, quæ in flumine nata, aut à flumine facta sit, hæc quæri; sed de ea duntaxat, quæ nata aut facta sit in alveo aut ex alveo flumnis. Nam primo causam proprietatis non mutat is ager, qui cum alvei non esset, ab amne circumfluo in formam insulæ redactus est, *d. l.* 7. §. 4. *d. l.* 30. §. 2. *hoc tit. et hoc* §. *in fin.* Deinde quæ in flumine nata est forte ex virgultis aliave materia, quam temere flumina ferunt, ita ut alveo non cohæreat, ea publica est ut ejusdem fere juris, cujus est ipsum flumen, *d. l. pen.* §. 2. *eod.* In Artesia non procul à fano S. Audomati lacus est, in quo insulæ aliquot fluitantes funiculo arboribus alligato aut contis, quo libeat, impelluntur attrahunturque, in quibus etiam boves aliæque pecudes pasci possunt. Quales et in Lydia, quas Calaminas vocabant, fuisse, Plin. *lib.* 1. *cap.* 95. *nat. hist.* memorat. De sola igitur ea insula, quæ alveo fluminis cohæret, sive lenta colluvione in eo enata sit, sive circumluvione partis quæ alvei esset, facta, quæritur primum, cui ea jure gentium acquiratur. Et ait Justinianus *hic* post Caj. *d. l.* 7. §. 3. *eod.* eam fieri privatam eorum, qui prope flumen, in qua nata est, prædia possident; quod et Pompon. affirmat *d. l.* 30. §. 2. *eod.* et Ulp. *l.* 1. §. 6. *de flumen.*

4 Cui tamen sententiæ contrarium est quod apud Labeonem in *l. pen.* §. *ult. eod.* vulgo sic legitur: *Si id, quod in publico innatum, aut inædificatum est, publicum est; insula quoque, quæ in flumine publico nata est, publica esse debet.* Sed cum hoc è diametro pugnet cum *superioribus locis*, adeoque cum iis quoque, quæ ipse Labeo de proprietate insulæ disserit in §§. *præcedentibus d. l. pen.* ¿quid dubitamus cum Hotomano *lib.* 1. *obs.* 20. asserere, locum istum depravatum esse, et legendum: *Non si id, quod in publico ect.*? ut hic sit sensus: quamvis id, quod in publico nascitur aut ædificatur, publicum fiat (de ædificio in publico posito id testatur Ulpianus *l.* 2. §. 17. *ne quid in loco publ.* nam ideo solarium ei imponitur); tamen insulam in flumine publico natam publicam non fieri, sed privatam; quod ipse Labeo jam aliquoties ante dixerat. Hotomanum teme-

ritatis arguit Cujac. 14. *obs.* 11. Sed ego Accursium etiam invenio testantem, eodem ferme modo legi et in veteribus nonnullis exemplaribus; atque ut hac auctoritate destituamur, non aliam lectionem admittit ratio juris. Sunt qui *hunc* Labeonis *locum* accipiunt de eo casu, quo prædia prope ripam publica sunt, puta si insula nascatur in Tiberi, eo alvei loco, quo Romam interfluit. Sed argumentatio Labeonis hujusmodi restrictionem non videtur pati. Plane in agris limitatis huic acquisitioni locus non est, quia nec alluvioni; sed occupantis insula fit, *l.* 1. §. 6. *de flumin.*

5 Videamus nunc, insula in flumine nata quatenus vicinis possessoribus acquiratur. Et siquidem in medio fluminis alveo enata sit, communis fit eorum, qui prope ripam utramque prædia possident: sin cis aut ultra amnem medium, siquidem contra frontem unius prædii, cui proprior est, tota acquiritur hujus prædii domino: sin ita, ut fronti plurium agrorum sit opposita, communis fit omnium, qui secundum eam ripam, in quantum insula porrigitur, prædia habent, *hoc* §. *et d. l.* 7. §. 3. *eod.* Communem autem fieri insulam cum dicimus, non intelligimus eam communem fieri pro indiviso, uti solemus, cum proprie loquimur, *l.* 5. *de stip serv.* sed regionibus divisis pro fronte, hoc est, latitudine cujusque fundi, quæ prope ripam sit; ut tantum quisque in ea habeat certis regionibus, quantum ante cujusque eorum ripam esse, linea in directum per insulam transducta, apparebit, *l.* 26. *hoc tit.*

6 Hoc igitur constituto, insulam in flumine natam dominis vicinorum prædiorum acquiri; restat ut videamus, qua juris ratione iis acquiratur. Nam video esse, qui jure quodam occupationis hoc fieri existimant, quod primo eam occupaturi videantur. Sed hoc nullo modo admitti debet: alioquin eadem ratione dicendum esset, etiam insulam in mari natam eorum fieri, qui prope litus prædia possident; et in flumine natam etiam eorum, qui ad ripam possident agros limitatos: quod utrumque falsum esse constat. Ego non aliam hujus acquisitionis rationem esse arbitror, quam quod insula alvei pars sit, alveus pars censeatur vicinorum prædiorum; ac proinde, ut alveus totus nudatus aqua vicinis acquiritur; ita et partem ejus nudatam, id est, insulam in eo natam iisdem acquiri, jure scilicet accessionis. Et insulam quidem partem alvei esse constat.

7 At absonum videri potest, quod alveum partem esse dicimus vicinorum prædiorum, cum alveus publicus sit eodem jure, quo ipsum flumen, *l.* 1. §. 7. *de flum.* §. *seq. inf. hoc tit.* ut contra potius dicendum videatur, insulam quoque, quæ alvei pars est, publicam fieri oportere. Sed sciendum est, alveum non simpliciter publicum esse, sed quatenus à flumine tenetur, eoque per flumen populus utitur, nudatum flumine privatum fieri vicinorum:

nihil autem interesse, ut Pomponius huic objectioni occurrens respondet, utrum de alvei solo mutato, an de eo, quod superfusum solo et terræ sit, quæratur, hoc est, utrum quæratur de toto alveo mutato et à flumine relicto, an de insula in alveo nata; quippe sufficere, ea parte, qua insula extitit, alveum à flumine non teneri, *d. l.* 30. §. 1. et 2. Neque vero flumen interfluens impedit, quominus insula vicinis ripæ agris per alveum jungatur atque accedat, non magis quam via publica inter alveum et vicina prædia interjecta impedit, quominus alveus siccatus acquiratur iis, qui secundum eam viam possident, *l.* 38. *eod.* Etenim ut via publica pars prædii vicini existimatur, *d. l.* 38. *in fin.* ita et alveus intermedius flumini subjectus. Atque hoc manifestissimum argumentum est, alveum etiam tum, cum adhuc à flumine occupatur, partem quadantenus censeri vicinorum prædiorum. Æquitatem porro hujus acquisitionis augent incommoda vicinorum: nam quantum loci insula occupat, tantum de locis finitimis flumen decerpit, iisque solis detrimento est: in quorum agros cursus ejus depellitur.

8 " In Hispania hoc speciale „est in acquisitione insulæ, ut „si non tota, sed tantum major „ejus portio uni ripæ proximior „sit, hæc duntaxat portio domi„no illius ripæ acquiratur; reli„qua vero pars minor domino ad„versæ ripæ, cui hæc magis est „proxima. Itaque emensa latitu„dine fluminis, hujus medium „dominiorum est terminus, *l.* 27. „*tit.* 28. *P.* 3.

TEXTUS.

De alveo.

23 *Quod si naturali alveo in universum derelicto, ad aliam partem fluere cœperit: prior quidem alveus eorum est, qui prope ripam ejus prædia possident, pro modo scilicet latitudinis cujusque agri, quæ prope ripam sit: novus autem alveus ejus juris esse incipit, cujus et ipsum flumen est, id est, publicus. Quod si post aliquod tempus ad priorem alveum reversum fuerit flumen, rursus novus alveus eorum esse incipit, qui prope ripam ejus prædia possident* (1).

COMMENTARIUS.

1 Quarto et postremo genere accessionis naturalis adquiritur proximis possessoribus pro modo latitudinis cujusque prædii, quæ prope ripam sit, alveus à flumine relictus: nempe vi et potestate prædiorum, quibus ipsis hæc acquisitio tributa propter vicinitatem, et propter prædia, prædiorum dominis. Atque ut hic quoque paucis rationem hujus juris et acquisitionis tibi explicem, dixi paulo ante, alveum fluminis extra usum publicum à veteribus

(1) *L.* 31. *d. tit.* 28. *P.* 3.

existimatum fuisse partem prædiorum vicinorum, quasi olim iis detractum; argumentum esse, quod placet, insulam manente adhuc alveo in flumine natam vicinorum esse: quod profecto non fieret, nisi alveus, cui insula cohæret, et ipse vicinorum prædiorum pars intelligeretur; nam prior est alvei ratio, quam insulæ, quæ conditionem alvei, ut pars ejus, sequitur. Cæterum quia proprietatis alvei, quandiu à flumine occupatur, nulla est utilitas, id causa est quod alveus, non secus ac flumen, publicus dicatur *hoc text. et alibi.*

2 (*Novus alveus ejus juris esse incipit, cujus est ipsum flumen*). Sicut alveus à flumine destitutus privatus fit, ita novus, quem flumen sibi fecit, fit publicus: nam imposibile est, ut alveus fluminis publici non sit publicus, ait Ulpian. *l.* 1. §. 7. *de flum. d. l.* 7. §. 5. Pertinet huc illud Pomponii in *d. l.* 30. §. 3. *hoc tit. Flumina*, inquit, *censitorum vice funguntur, ut ex privato in publicum addicant, et ex publico in privatum.* Cui simile est, quod apud Cassiodorum legimus *lib.* 3. *variar. Agrimensor*, inquit, *more vastissimi fluminis aliis spatia tollit, aliis rura concedit.* Itaque plerumque evenit, ut alios flumen ditet, alios pauperet, Lucanus:

Illos terra fugit dominos, his rura colonis
Accedunt donante Pado. . . . .

3 (*Rursus novus alveus*). Si post aliquod tempus ad priorem alveum reversum fuerit flumen, ait *hic* Justinian. novum alveum, id est, eum, qui antea occupatus fuerat, et tunc derelinquitur, eorum esse qui prope ripam prædia possident. Nam ager ille, qui fuerat, desiit esse, amissa propria forma: et cum prædiis, non personis hæc acquisitio tribuatur; non potest is, qui vicinum prædium nullum habet, ratione vicinitatis quicquam in eo alveo sibi vindicare, *d. l.* 7. §. 5. *eod.* Atque hoc quidem usque efficit stricta juris gentium ratio: sed vix est, ut id obtineat, inquit Cajus *d. loco.* Et utique non semper obtinere debet. Sæpe enim æqui et boni ratio suadet, ut priori potius domino alveus restituatur, quam adjudicetur vicinis possessoribus. De quo haud facile quid certi definiri potest, sed ex circumstantiis judicandum est. Finge, flumen relicto naturali alveo agrum alicujus occupasse, ita ut novum hic sibi alveum quæsisse videatur: deinde, nec ita multo post tempore in veterem locum subito atque eodem impetu, quo perruperat, se recepisse; æquissimum est, agrum recessu fluminis restitutum ad pristinum dominum reverti, licet formam agri impetus fluminis abstulerit, *d. l.* 7. §. 5. *in fin. d. l.* 30. §. 3. *hoc tit. l.* 23. *quib. mod. usufr. amitt.* quia hujusmodi occupatio non longe abest ab inundatione. At si flumen non eodem impetu, quo venit, discedat, sed lente et minutatim recedendo, alluvione in pristinum locum redeat: spatium illud alvei, quod siccum post se sensim reliquit, non videtur prio-

ri domino restituendum, sed alluvione accrescere proximorum prædiorum possessoribus, *l.* 38. *hoc tit.* fac. *l.* 1. *C. de alluv.* Atque ob hanc causam arbitror, Pomponium in *d. l.* 30. §. 3. *et d. l.* 23. consulto expressisse hæc verba: *Eodem impetu.* Bart. *tract. de alb.*

TEXTUS.

De inundatione.

24 *Alia sane causa est, si cujus totus ager inundatus fuerit, neque enim inundatio fundi speciem commutat, et ob id si recesserit aqua, palam est, eum fundum ejus manere, cujus fuit* (1).

COMMENTARIUS.

1 Inundatio proprie est: *Cum flumen imbribus, vel nivibus, vel qua alia ratione auctum in vicinos campos ita se effundit, ut nec ripas, nec alveum suum mutet, l.* 1. §. *ripa* 5. *de flum.* Hoc cum fit, ait Justinianus post Cajum in *l.* 7. §. 6. *hoc tit.* fundi proprietatem non amitti: et ideo recedente aqua, fundum, qui occupatus fuerat, non adjici vicinis possessoribus, sed ejus manere, cujus ante inundationem fuerat. Et addit hanc rationem, quia inundatio fundi speciem non commutat, quasi dicat: non ut alveo facto, propriam formam ager amittit, ita et inundatione; quippe alveum fieri diuturno lapsu fluminis et lenta excavatione agri, ut jam plana ejus facies amplius non appareat: inundatione autem, uno subitaneo impetu prædia invadit, atque aqua cooperiri duntaxat; non comminui, dissolvi aut excavari, ut formam amisisse dici possint, *d. l.* 1. §. 9. *de flum.* Atque ut maxime summa pars agri in arenam dissolvatur, manet tamen solida pars fundi interior: et ut de qualitate aliquid mutet, substantiam non mutat, non magis quam pars agri, quæ à lacu hauritur, cujus jus non mutari, certum est.

2 Igitur ad inundationes præsertim temporales et anniversarias non pertinet quod vulgo dici solet: *Occupatum sequitur conditionem occupantis*, Gloss. *l. pen. de rer. div.* Non obstat. *l.* 23. *quib. mod. us. am.* quia non loquitur de simplici inundatione, cum flumen retento alveo extra ripas se effundit: sed cum deserto alveo toto, impetu in agrum alicujus perrumpit, quasi novum alveum quærens, hoc casu placet, proprietatem agri ita amitti, ut restituatur, si non facto novo alveo flumen se receperit, ut in *fin. sup.* §. demonstratum est. Obiter addo, quod quamvis inundatio causam dominii non mutet, possessionem tamen nobis aufert, *l.* 3. §. 17. *l.* 30. §. 3. *de acq. poss.* (2), itemque ea jura, quæ in facto personæ posita sunt, ut usum et usumfructum, *l.* 24 *quib. mod. us. am.* sed recedente aqua

(1) *L.* 32. *d. tit.* 28. *P.* 3.

(2) *D. l.* 32.

hæc omnia nobis restitui, *d. l. 24. l. 1. §. 9. de itin. act. priv.*

TEXTUS.

De specificatione.

25 *Cum ex aliena materia species aliqua facta sit ab aliquo, quæri solet, quis eorum naturali ratione dominus sit: utrum is, qui fecerit, an potius ille, qui materiæ dominus fuerit: ut ecce si quis ex alienis uvis, aut olivis, aut spicis, vinum, aut oleum, aut frumentum fecerit; aut ex alieno auro, vel argento, vel ære vas aliquod fecerit, vel ex alieno vino, et melle mulsum miscuerit, vel ex medicamentis alienis emplastrum, aut collyrium composuerit; vel ex aliena lana vestimentum fecerit; vel ex alienis tabulis navem vel armarium, vel subsellia fabricaverit. Et post multam Sabinianorum, et Proculianorum ambiguitatem, placuit media sententia existimantium, si ea species ad priorem et rudem materiam reduci possit, eum videri dominum esse, qui materiæ dominus fuerit; si non possit reduci, eum potius intelligi dominum, qui fecerit: ut ecce, vas conflatum potest ad rudem materiam æris, vel argenti, vel auri reduci; vinum autem, vel oleum, aut frumentum ad uvas, vel olivas, vel spicas reverti non potest: ac ne mulsum quidem ad vinum et mel resolvi potest. Quod si partim ex sua materia, partim ex aliena speciem aliquam fecerit quis, veluti ex suo vino, et alieno melle mulsum miscuerit; aut ex suis, et alienis medicamentis emplastrum, aut collyrium; aut ex sua lana, et aliena vestimentum fecerit; dubitandum non est; hoc casu eum esse dominum, qui fecerit: cum non solum operam suam dederit, sed et partem ejusdem materiæ præstiterit* (1).

COMMENTARIUS.

1 Specificatio, de qua in *textu*, nihil est aliud, quam: *Novæ speciei ex aliena materia formatio.* De cujus acquisitione *hic* quæritur.

2 (*Sabinianorum et Proculianorum*). Fuere etiam olim diversæ et dissidentes Jurisconsultorum familiæ; Auctores Attejus Capito et Antistius Labeo: qui primi, cum velut diversas sectas fecissent, ille in iis, quæ á majoribus acceperat, perseverando; hic ingenii et doctrinæ fiducia plurima innovando; dissensionem successores eorum auxerunt, dum sui quisque magistri sententiæ tanquam oraculo religiose adhæreret. Capitoni successit Massurius Sabinus, Sabino Casius: Labeoni successit Nerva, Nervæ Proculus, Proculo Pegasus. Atque inde appellati postea Sabiniani vel Cassiani: et Proculejani seu Pegasiani; *l. 2. §. post hunc 47. de orig. jur.*

3 Hoc dissidium exercuere quoque in isto de specificatione ar-

(1) *L. 33. d. tit. 28. P. 3.*

gumento. Nerva et Proculus existimabant, speciem ex aliena materia factam naturali ratione ejus esse, qui eam suo nomine fecisset: nam materiæ, quæ extincta sit, nullam porro rationem habere posse, sed causæ efficientis duntaxat, et potissimum formæ, cujus susceptione materia in aliam speciem transisset: quæ species cum antea nullius esset, ac ne esset quidem, rationem naturalem efficere, ut concedenda sit ei, qui, ut ea in rerum natura sit, fecit, eamque occupavit, *l.* 7. §. 7. *hoc tit. l.* 3. §. 21. *de adquir. pos.* Diversæ autem scholæ Auctores Sabinus et Casius contra, naturali rationi covenientius esse putabant, ut qui materiæ dominus fuisset, idem ejus quoque, quod ex materia factum esset, dominus fieret: quippe sine materia speciem nullam effici posse; nostrum autem esse id, quod ex re nostra factum est: postremo nihil tam ab æquitate naturali alienum videri, quam ut id, quod nostrum est, sine facto nostro ad alium transferatur, *l.* 11. *de div. reg. jur.*

4 Media autem sententia inter duas extremas Proculi et Sabini, probata fuit à Justiniano; eorum scilicet, qui Sabini sententiam veriorem esse putabant, si species facta ad priorem materiam reduci posset: si non posset, Proculi, *d. l.* 7. §. 7. Et per quam elegans est hujus distinctionis ratio, quam et iidem mediæ sententiæ Auctores afferunt: nempe cum manente materia, forma rei externa tantum mutatur, idque quod factum est, in sua initia sive ad rudem materiam reduci potest; rationem naturalem non pati, ut cum Proculo dicamus, rem eam nunc primum existere, ac propterea fieri occupantis: sed necesse esse, ut sequatur vires et conditiones materiæ, quæ potenter m[illegible]t, *l.* 78. §. 4. *de legat.* 3. At ubi materia consumitur, atque extinguitur, quod nostri semper fieri intelligunt, cum species facta ad pristinam materiam reverti non potest, nullam materiæ, quæ esse desiit, aut priori domini cujus in hac spęcie nihil est, *l.* 27. §. 1. *hoc tit.* cum Sabino rationem haberi posse: sed novæ duntaxat speciei, ejusque, cujus facto ea in rerum natura esse cœpit, *d. l.* 3. §. 21. *de adq. poss.*

5 (*Frumentum ad spicas reverti non potest*). Inter exempla specierum, quæ ad id, quod prius fuerant, reverti non possunt, frumentum excussum etiam Cajus refert in *d. l.* 7. §. 7.: (1), sed ille quod *hic* omissum est, mox subjicit, se eorum sententiam probare, qui frumentum alienis spicis excussum ejus esse non dubitabant, cujus spicæ essent: propterea quod cum grana, quæ spicis continentur, perfectam habeant suam speciem, qui excutit spicas, non novam speciem faciat, sed eam, quæ est, detegat. Quod idem eadem ratione dicendum est de leguminibus, lupino, lente, cicere, favis, aliisque id genus

(1) *D. l.* 33. *tit.* 28. *P.* 3.

frugibus quæ siliqua continetur.

6 De navi ex alienis tabulis facta non satis convenit propter obscurum veteris, ut videtur, dissensionis vestigium, quod extat in *l. 6. de rei vind.* Cæterum cum mediæ sententiæ auctores generaliter definiant, speciem, quæ ad id corpus, quod prius fuerat, reduci non potest, facientis fieri, navemque ex alienis tabulis factam nominatim inter hujusmodi species, uti revera est, numerent; ¿quid cunctamur cum Paulo respondere, navem ejus esse, qui fecit? *d. l. 26. hoc tit.* Pars autem secunda responsi Miniciani in *d. l. 61.* quæ contraria est, non probatur, sed reprehenditur à Juliano, cujus reprehensionis ratio est in illis postremis verbis: *Nam proprietas totius navis, carinæ* (id est, formæ, seu ejus, qui formam fecit) *causam sequitur.* Nam carina non semper infimum navis alveum significat; sed interdum ponitur pro ipso navis corpore quod totum carinatum est; hoc est, pro totius navis forma, ut in *l. 24. §. ult. de leg. 1.* Ita Connan. 3. *comm. 6.* Osuald. ad Donel. *lib. 4. cap. 12.* contra Gloss. in *d. l. 61. de rei vind.* aliosque.

7 Itaque si species nova ad rudem et pristinam materiam reduci potest, modus acquisitionis accessio est; quia materia, quæ perseverare existimatur, trahit ad se formam, hæcque illi accedit. Si autem nequit reduci, acquirendi modus ad occupationem refertur: cum enim hoc casu materia exstincta putetur, species facta nullius esse creditur, et facienti, tanquam primo occupanti acquiritur. Species vero facta debet esse nova et diversa à priore, ex qua, ut ex materia, facta sit posterior; nam, verbi causa, lana aliena purpura vel alio colore tincta, non est nova species, *l. 26. §. ult. hoc tit.*

8 Duo insuper addenda, quæ à Justiniano omissa sunt: nempe non aliter speciem novam facientis fieri, quam si hic eam fecerit suo nomine et bona fide (1). Primum diserte expressit Cajus *l. 7. §. 7. hoc tit.* Quare si species, quæ ad rudem materiam reverti non valet, ab aliquo facta sit nomine Titii, non facientis, sed Titii erit, cujus nomine facta est, secundum tradita in *§. 17. hoc tit.* De bona fide nihil quidem expressit Cajus; sed eam requiri non obscure deducitur ex eo, quod addit *d. l. 7.* hæc verba: *Suo nomine.* Nam qui scit materiam alienam esse, in eadem causa haberi debet, ac si nomine materiæ domini fecisset, *d. l. 12. §. 3. ad exhib.* cui etiam operam suam donasse intelligendus est exemplo ejus, qui sciens in alieno solo ædificavit, *§. 30. infr. hoc tit.*

9 Hoc autem jure constituto, ne aut dominus materiæ, aut is, qui materiam mutavit, queri possint: ille ubi materia extincta est, eam alieno sibi facto periisse; hic ubi ea mansit, se perdere operam bona fide impensam;

(1) *D. l. 33. tit. 28. P. 3.*

uterque contra naturam esse, ut quis ex re aliena locupletetur cum alterius detrimento: utrique consultum est, illi actione in factum, qua consequatur æstimationem materiæ suæ; huic exceptione doli mali, qua opposita ei, qui speciem suam vindicabit, servet impensas à se factas, arg. *l.* 23. §. 4. *seq. de rei vind.* (1).

TEXTUS.

De accessione.

26 *Si tamen alienam purpuram vestimento suo quis intexuerit, licet pretiosior sit purpura, tamen accessionis vice cedit vestimento: et qui dominus fuit purpuræ, adversus eum, qui surripuit: habet furti actionem, et condictionem; sive ipse sit qui vestimentum fecit, sive alius. Nam extinctæ res licet vindicari non possint; condici tamen à furibus et quibusque aliis possessoribus possunt.*

COMMENTARIUS.

1 Accessionis industrialis, quæ ab hominibus est, docendi gratia, quo res tota perfectius cognoscatur, duo genera nunc facimus: confusionem et conjunctionem. De confusione agitur §. *seq.* Conjunctio autem est: *Cum res ita junguntur, ut cohæreant, discreta manente earum substantia:* quod duobus modis fit: I. quando ita res alienæ rebus nostris junctæ cohæreant, ut iis quasi basibus innitantur, veluti quæ in solo nostro ædificantur, plantantur, seruntur; in chartis nostris aut tabulis scribuntur, aut pinguntur, de quibus omnibus item postea: II. dum ita, ut sint tanquam additamenta aut ornamenta rei nostræ; ut si pes aut manus jungatur statuæ, ansa scypho, gemma includatur auro, emblemata phialis jungantur, *l.* 23. §. 2. *de rei vind. l.* 7. §. 2. *ad exhibend.* eodemque etiam pertinet, quod *hic* traditur de purpura vestimento intexta, *d. l.* 7. §. 2. *ad exhibend.*

2 (*Licet pretiosior sit*). Cum enim quærimus, quid cui cedat, non pretium spectamus, sed quid cujus rei ornandæ causa adhibeatur, ut accessio cedat principali, semper enim tenendum est, partem inferiorem præstantiori cedere, palam autem est inferiorem esse illam, quæ additamentum seu ornamentum est alterius. *L.* 19. §. 13. *de aur. arg. leg. l.* 27. §. 2. *hoc tit.*

3 (*Adversus eum, qui surripuit*). In hoc quoque ab acquisitione speciei factæ differt hæc acquisitio, quod species facta tantum volenti acquiratur, eique, qui eam bona fide et suo nomine fecit: jure accessionis pars juncta etiam ignoranti, etiam ei, qui alieno nomine aut mala fide junxit. Nulla enim in hac acquisitione ratio habetur personæ facientis aut jungentis, sed rerum junctarum duntaxat.

(1) *D. l.* 33. *tit.* 28. *P.* 3.

4 "In Hispania dominus par- »tis præstantioris non aliter ac- »quirit dominium inferioris, quæ »illi ornandæ et explendæ jungi- »tur, quam si conjunctio ferru- »minatione fiat, hoc est, eâdem »materia. Si enim per plumbatu- »ram, id est, materiam diversi »generis, fuerit facta, pars minor »ejusdem permanet, cujus ante »conjunctionem erat, ut si statuæ »aureæ manus quoque aurea ad- »plumbata sit, *l.* 35. *tit.* 28. *P.* 3. »et *ibi* Greg. Lop. *gloss.* 2. Galin. »in *Phœn. lib.* 3. *tit.* 2. §. 3. *in* »*fin.* Excipe tamen casum, quo »quis partem inferiorem, quæ sua »erat, alienæ præstantiori mala »fide junxerit: tunc enim domi- »nium partis inferioris domino »præstantioris acquiretur, ex *d.* »*l.* 35. *vers.* Mas si acaesciesse *eod.* »et quidem, ut dicitur *d. vers.* »nulla ratione habita, an conjun- »ctio per ferruminationem, an »per plumbaturam fuerit facta."

TEXTUS.

De confusione.

27 *Si duorum materiæ voluntate dominorum confusæ sint, totum id corpus, quod ex confusione fit, utriusque commune est: veluti si qui vina sua confuderint, aut massas argenti, vel auri conflaverint* (1). *Sed et si diversæ materiæ sint, et ob id propria species facta sit: forte ex vino, et melle mulsum, aut ex auro, et argento electrum: idem juris est. Nam et hoc casu communem esse speciem non dubitatur. Quod si fortuito et non voluntate dominorum confusæ fuerint, vel ejusdem generis materiæ, vel diversæ: idem juris esse placuit.*

COMMENTARIUS.

1 De confusione disputatur *hoc loco*: quæ quid sit, primo videndum; deinde quam vim ad acquirendum, et unde habeat. Verba hæc, *confundere et miscere* aut *commiscere* vi sua generalia sunt, deque omnibus dicuntur, quæ quævis modo permiscentur, ut videre est etiam apud nostros in *l.* 7. §. 8. *hoc tit. l.* 3. §. *ult. l.* 5 *pr. de rei vind.* Cæterum cum signate et distincte loqui volumus, confusionem appellamus: *Cum corpora liquida aut liquefacta invicem miscentur*, commixtionem: *Cum corpora sicca* [illegible]*lida ita miscentur, ut disc*[illegible] *maneant et non cohæreant*; quam nominum distinctionem peperit diversi juris, quod in his obtinet, ratio. Confundi igitur proprie res dicuntur: *Quæ ita permiscentur, ut una ingrediatur alteram, et vicissim alterius partem in se recipiat*; veluti cum vinum cum vino miscetur, aurum cum auro conflatur.

2 Effectus confusionis hic est, ut utrique domino pars alienæ rei vice mutua acquiratur, idque vi et potestate rei cujusque, cogen-

(2) *L.* 34. *tit.* 28. *P.* 3.

te natura, rem unam mutuo trahere alteram; unde extitit totius corporis, quod ex confusione fit, communio. Cæterum neque quarumvis rerum confusio communionem parit, neque facta quovis modo. Summam tibi ecce: Omnis confusio fit aut voluntate dominorum, aut citra eam; et citra eam, aut casu, aut voluntate unius tantum, sive etiam tertii alicujus, puta Titii. Insuper res, quæ confunduntur, aut sunt unius generis, aut diversorum. Item aut tales sunt, quæ confusæ separari non possunt, aut quæ possunt separari. Nunc sic habe. Voluntate dominorum facta confusio sine ulla rerum dictinctione communionem facit. Casu facta, non aliter quam si res diduci non possint (1). Facta unius voluntate tantum, aut à Titio, si materiæ unius generis confusæ sint: quoniam nec diduci possunt, nec novam speciem constituunt. Jam videamus quid Imperator dicat, et singu[illegible]sideremus accuratius.

3 (*Voluntate dominorum*). Hæc species proprie huc non pertinet. Neque enim communionem hic inducit rerum confusio, sed mutua dominorum voluntas res suas confundendo tacite communicantium: argumento est, quod etsi duo frumenta sua miscuissent, idem tamen juris, licet in dissimili genere mixtionis, foret, §. *seq.*

4 (*Utriusque commune est*). Prorata scilicet ejus materiæ, quæ cujusque ante confusionem fuit, *l.* 3. §. *ult. de rei vind.* (2). Res autem communis proprie dicitur: *Quæ duorum aut plurium est, non quasi tota singulorum* (neque enim duorum in solidum res una esse potest, *l.* 5. §. *ult. commod.*) *sed singulorum pro partibus, iisque indivisis*, *l.* 5. *de stip. serv. l.* 5. §. *ult. de reb. eor. qui sub tut.* Itaque quæ partes ante confusionem singulorum erant separatim, post confusionem singulorum esse incipiunt conjunctim, ut jam intellectu magis, quam corpore partes habeant, *d. l.* 5. *de stip. serv.* nec possit amplius unus, quod suum fuit ante confusionem, separatim vindicare, sed partem duntaxat, pro indiviso, puta dimidiam aut tertiam; sive, quod eodem recidit, agere communi dividundo, ut res dividatur, et pars rei divisæ dimidia aut tertia pro rata ponderis, quod contulit, restituatur: in quo et pretii rationem Judex habebit, si unius pars pretiosior fuit, *d. l.* 3. §. *ult. l.* 4. *l.* 5. *de rei vind.* Et si forte res dividi commode non possit, uni totam adjudicabit, eumque vicissim alteri condemnabit in certam summam pecuniæ, §. 5. *infr. de offic. jud.*

5 (*Quod si fortuito*). Hæc confusionis species propria est *hujus loci.* Ait, in fortuita confusione idem juris esse, quod foret, si materiæ dominorum voluntate confusæ essent: nimirum etiam totum id corpus, quod ex duorum materiis casu confusis existit, commune esse eorum, quorum ma-

(1) *D. l.* 34. *tit.* 28. *P.* 3.

(2) *D. l.* 34.

teriæ confusæ sunt; nec referre, ejusdem generis materiæ sint, an diversi, et ob id propria species facta sit: et quidem quod casu factum est, nemo sibi vindicare potest jure specificationis. Hoc item et Cajus, *d. l.* 7. §. 9. *hoc tit.* Observandum autem est, et *hic* et *apud Cajum* exempla proponi duntaxat earum rerum, quæ confusæ deduci et separari non possunt, quippe quas communes facit ipsa necessitas et vis naturæ superior: nam confusio hæc eo rem deducit, ut unaquæque materia alteram in sese per omnia confusam et indiscretam habeat; unde evenit, ut vel minima pars unius partem alterius sibi habeat adjunctam, quam et necessario ad se trahat; atque hinc communio. Quod si materiæ quæ forte confusæ, separari possint, veluti si plumbum cum argento mixtum sit; nulla necessitas intervenit, ob quam fiat, ut una res alteram mutuo ad se trahat (1), sed cum ab artificibus separari possint, separabuntur: estque in eam rem non ut superiore casu actio communi dividundo, sed ad exhibendum, et in rem, *l.* 5. §. 1. *de rei vind.*

6 "In Hispania si confusio „sit facta ab uno ex dominis abs„que voluntate alterius; utrius„que manet quod ante fuerat, „nulla adhibita distinctione, *l.* „34. *tit.* 28. *P.* 3."

TEXTUS.

De commixtione.

28 *Quod si frumentum Titii frumento tuo mixtum fuerit, si quidem voluntate vestra, commune est: quia singula corpora, id est, singula grana, quæ cujusque propria fuerunt, consensu vestro communicata sunt. Quod si casu id mixtum fuerit, vel Titius id miscuerit sine tua voluntate, non videtur commune esse: quia singula corpora in sua substantia durant. Sed nec magis istis casibus commune fit frumentum, quam grex intelligitur esse communis, si pecora Titii tuis pecoribus mixta fuerint. Sed si ab alterutro vestrum totum id frumentum retineatur, in rem quidem actio pro modo frumenti cujusque competit: arbitrio autem Judicis continetur, ut ipse æstimet, quale cujusque frumentum fuerit.*

COMMENTARIUS.

1 Nihil est in *hoc text.* quod ad institutam de accessione disputationem pertineat. Agitur de commixtione, quæ ut diximus *supra* §. 27. contingit cum corpora, quæ miscentur, discreta manent, et suam singula speciem retinent, quin cohæreant, in quo à conjunctione differt, velut si frumentum cum frumento, 2 nummi cum nummis, pecora cum pe-

(1) *D. l.* 34. *vers.* Esto mismo, cum *seqq.*

coribus inter se misceantur. Hujus, inquam, commixtionis nunquam ea vis est, ut per eam potestate rei nostræ aliena nobis acquirantur, sive difficilis sit corporum mixtorum separatio, sive non sit: cum neutro modo fiat, ut aliquid sit in meo aut alieno, quod alterum ad se naturæ necessitate trahat.

2 (*Quia singula corpora in sua substantia durant*). Objici *huic loco* solet, quod Javolenus ex Cajo refert, nummos alienos in solutum datos creditoris accipientis fieri, si is eos ita miscuerit suis, ut discerni non possint, *l.* 78. *de solut.* An dicemus, idem esse in frumento, quod quis ex simili causa acceptum, bona fide cum suo miscuit? At refragatur generalis definitio *hujus loci*, tum etiam ratio subjecta, et comparatio frumenti mixti et pecorum. Plerique putant, inter nummos et frumentum hoc interesse, quod nummi ita commixti, ut discerni non possint, pro consumptis habendi sint; frumentum non ante quam farina ex eo confecta sit: quippe rerum, quæ usu consumuntur, consumptionem æstimari ex consumptione ipsorum corporum; pecuniam autem numeratam intelligi consumi plerumque salvis nummorum corporibus, §. 2. *infr. de usuf.* Notum vero esse, consumptione nummorum in creditum, vel in solutum datorum causam dominii mutari, *l.* 13. *l.* 19. §. 1. *in fin. de reb. cred.* Ita propemodum Accursi, quem sequitur communis DD. schola, add. D. Cujac. 13. *obs.* 28.

3 (*Quam grex intelligitur esse communis*). Exemplo pecorum alienorum gregi meo mixtorum docet, frumenta quoque sine voluntate dominorum mixta sua cujusque manere, neque in acervo facto quicquam esse commune: quippe eandem rationem esse singulorum granorum in acervo, quam singulorum pecorum in grege: utrumque esse corpus, cujus partes non cohæreant, aut uno spiritu contineantur, sed quæ singulæ essentia sua maneant distinctæ, propriamque suam speciem retineant: ac proinde rationem juris non pati, ut hic magis, quam illic dominia confundantur, arg. *l.* 30. *de usuc.* junct. *l.* 23. §. 5. *vers. at in his*, *de rei vind.* Cæterum comparatio hæc illud habet dissimile, quod pecora aliena meis pecoribus mixta facile discerni possunt, et ob id singula vindicari, *dict. vers. at in hic*, grana autem commixta non item. Qua ratione, ne voluntaria quidem pecorum mixtione grex communis fit, nisi id expresse actum proponatur.

4 (*In rem actio pro modo frumenti*). Ubi res communis non est, cessat communi dividundo judicium, *l.* 1. *com. div.* Sicut in proposito. Cæterum nec grana ipsa, quæ cujusque ante commixtionem fuerunt, vindicari poterunt, quia discerni et designari nequeunt, nec pars acervi; quod non licet nisi in acervo communi: sed quantum in acervo cujusque fuit, atque etiam nunc est. *l.* 5. *pr. de rei vind.* Nec refragatur actionis in rem ha-

tura, quæ exigit, ut res, quæ petitur, designetur, *l. 6. d. tit.* (1). Satis enim designari videntur grana petita hoc ipso, quod designantur certo loco atque acervo contenta et circumscripta. Tantum laborabitur in exitu judicii et restitutionis.

5 (*Quale cujusque frumentum*). Igitur si unius frumentum fuerit pretiosius, officio Judicis continebitur, ut ejus quoque ratio habeatur, et hoc amplius ferat is, cujus frumentum pretiosius fuit, vel ex acervo, vel certæ pecuniæ adjudicatione: ut sic omni ex parte utrique satisfiat, arg. *l. 4. de rei vind.* §. *5. inf. de offic. jud.* In summa, vi et effectu hic non alia Judicis sententia est et restitutio, quam si acervus vere communis esset, *l. 3.* §. *ult. d. tit. de rei vind.*

6 "In Hispania communionem parit nedum illa commixtio quæ voluntate dominorum sit facta; verum etiam quæ casu contingit; si modo in hac res mixtæ separari nequeant sine magno labore, *l. 34. tit. 28. P. 3.*"

TEXTUS.

De his, quæ solo cedunt. De ædificatione in suo solo ex aliena materia.

29 *Cum in suo solo aliquis ex aliena materia ædificaverit, ipse intelligitur dominus ædificii: quia omne, quod solo inædificatur, solo cedit. Nec tamen ideo is, qui materiæ dominus fuerat, desinit dominus ejus esse: sed tantisper neque vindicare eam potest, neque ad exhibendum de ea re agere propter legem XII. Tab. qua cavetur, ne quis tignum alienum ædibus suis junctum eximere cogatur, sed duplum pro eo præstet per actionem, quæ vocatur* De tigno juncto. *Appellatione autem tigni omnis materia significatur, ex qua ædificia fiunt. Quod ideo provisum est, ne ædificia rescindi necesse sit. Quod si aliqua ex causa dirutum sit ædificium, poterit materiæ dominus, si non fuerit duplum jam consequutus, tunc eam vindicare, et ad exhibendum de ea re agere.*

COMMENTARIUS.

1 Diximus non ita pridem, duobus modis contingere, ut res alienæ rebus nostris facto hominum accedentes nobis adjiciantur, confusione de qua proxime locuti sumus, et conjunctione. Conjunctionem appellamus, cum duæ res ita junguntur, ut cohæreant, et unum corpus constituant, integra manente earum substantia. Duo quoque genera hujus conjunctionis fecimus: unum earum rerum, quæ junctæ nihil amplius habent, quam additamentum et expletionem ejusdem corporis, de quo genere dictum sub §. 26. *supr.* alterum earum, quæ sic aliis junguntur, ut in his tanquam in subjecto consistant, ac sine his

(1) *L. 10. tit. 2. P. 3.*

esse non possint; cujusmodi sunt hæc quinque, quæ nunc porro singula exequemur: in solo ædificata, plantata, sata, scripta in chartis aut membranis, picta in tabulis.

2 (*Quia omne, quod solo inædificatur, solo cedit*). In conjunctione rerum, de qua agimus, uti naturali ratione præstantior existimanda ea res, quæ per se consistere potest; inferior, quæ imponitur, et sine illa consistere non potest: ita et eadem ratione fit, ut hæc ab illa per prævalentiam trahitur, illique ut præstantiori cedat, ac proinde utriusque dominus efficiatur, qui dominus fuerat præstantioris, *l.* 23. §. 3. et 4. *de rei vind.* Hæc ratio generalis est ad omnes species hujus conjunctionis pertinens. Ait, *omne quod solo inædificatur.* Hæc prima species est hujus accessionis, atque de ea ita jus est. Omne ædificium, quamvis ex aliena materia, solo impositum, solo cedit, *d. l.* 7. §. 10. *hoc tit.* Idque sive dominus soli ex aliena materia ædificaverit in suo, sive è converso dominus materiæ ædificaverit in solo alieno, *d. l.* 7. §. 12. *hoc tit.* §. *seq. eod.* Solo autem impositum accipi oportet etiam id, quod verbi causa supra parietem meum ædificatum est, *l.* 28. *hoc tit.* Cæterum ut rationi hujus juris locus sit, necesse est, ut id, quod ædificatum est, solo cohæreat. Nam si Titius, exempli gratia, horreum frumentarium ex tabulis ligneis factum mobile in prædio Seji posuerit, id non Seji erit, sed Titii, qui posuit, *l.* 60. *eod.*

3 (*Nec tamen is, qui materiæ dominus fuerat, desinit etc.*). Diximus, eum, qui ex aliena materia in suo ædificavit, dominum fieri ædificii: cui consequens videri poterat, eum, qui materiæ dominus erat, dominum ejus esse desinere: cum duo ejusdem rei in solidum domini esse non possint. Contra tamen et *hic* et *apud Cajum* scriptum est, materiæ dominum dominium idcirco non amittere seu *non* desinere stante ædificio dominum adhuc intelligi. Hoc ne quem offendat, sciendum est, pro diversa materiæ consideratione utrumque dici posse, et dominum ædificii materiæ quoque dominum effici, et materiam prioris domini manere. Etenim si tigna vel cæmenta consideremus ut juncta et connexa ædificio, hac consideratione quandiu juncta manent, ipsius ædificii sunt et domini totius (1): unde et dempta dicuntur in pristinam causam reverti, *l.* 59. *de rei vind.*

4 At si animum à conjunctione avertas, et ædificio quasi insuper habito tigna consideres in se, et ut seorsum substantiam suam habentia, non potest videri materiæ dominus jus suum amisisse: et ideo ea tigna, licet juncta, adhuc aliena ubique appellantur. Adeoque recte nunc dicemus, aliud esse materiam, aliud ædificium: ædium nomine quandam universitatem intelligi; materiam,

(1) *L.* 38. *dict. tit.* 28. *P.* 3.

cæmenta, tigna, lapides, res esse singulas, quæ ob id jure universi non utique censeantur. Hinc enim est, quod placet, eum, qui universas ædes possidet, non videri singula cæmenta possidere, eaque nec usucapere, *l.* 23. §. *ult. de rei vind. l.* 23. *de usuc.* et quod Ulpianus respondet, eum, qui insulam petiit, si victus postea cæmenta vel tigna petat, non videri idem petere, *l.* 7. §. 2. *de exc. rei jud.* nimirum quod necesse non sit, eum, qui ædium dominus est, materiæ quoque dominum esse, quam rationem et ipse mox subjicit.

5 (*Ne quis tignum eximere cogatur*). Duplicem ego causam reperio, cur lege XII. Tabul. vetita sit tigni alieni ædibus juncti vindicatio, et actio eo nomine ad exhibendum. Una est, ne ob id ædificia rescindi necesse sit, *l.* 1. *de tign. junct. l.* 7. §. 10. *hoc tit. et hoc text.* altera ne per hoc ruinis urbs deformetur, *l.* 2. §. *si quis* 17. *l. ult. ne quid in loc. publ. l.* 2. *C. de ædif. priv.* (1). Eadem lege et solutio tigni alieni vineis juncti prohibetur, ne scilicet turbetur vinearum cultura, *l.* 1. *de tign. junct.*

6 (*Sed duplum pro eo præstet*). Ne dominus materiæ queri posset, injuriam sibi fieri, quod re sua quandiu ædificium manet, carere cogatur, data est in eum, qui junxit, actio de tigno juncto ad tigni æstimationem, et quidem in duplum, *l.* 1. *de tign. junct. l.* 23. §. *pen. de rei vind. l.* 6. *ad exhib.* Nec dubito, quin ea actio in duplum etiam adversus eum danda sit, qui bona fide junxit: id enim textus fere omnes arguunt, qui de hac actione loquuntur.

7 (*Tunc eam vindicare*). Etiamsi post tempus usucapionis dissolutum sit ædificium: nam qui ædes possidet, non intelligitur singula tigna possidere, ut notatum *sup.*

8 "In Hispania dominium „tigni, quod quis ædibus suis jun„xit, sive bona, sive mala fide, „dominio ædificii quæritur, *l.* 38. „*tit.* 28. *P.* 3. At in favorem prio„ris domini probata quoque est „actio de tigno juncto in duplum, „tam adversus eum, qui bona fi„de junxit in *l.* 16. *tit.* 2. *P.* 3. „*vers.* Pero, *et seq.* quam in eum, „qui id mala fide fecit in *d. l.* 38. „*tit.* 28. *eod.* Cæterum in *vers.* Ca „si á sabiendas, cum *seq. dict.* „*l.* 16. statutum invenimus, ut is, „qui junxit mala fide, condemne„tur, quanti actor sua interesse „dixerit præstito juramento à Ju„dice taxando. Quare dicendum „videtur, in arbitrio actoris esse, „duplum, aut quod sua intersit, „petere. In praxi si tignum bona „fide fuerit junctum, solam e„jus æstimationem concedendam, „censent Galin. in *Phœn. lib.* 3. „*tit.* 2. §. 2. et Torres *hoc text.*"

TEXTUS.

De ædificatione ex sua materia in solo alieno.

30 *Ex diverso, si quis in a-*

(1) *L.* 16. *tit.* 2. *P.* 3. *l.* 38. *tit.* 28. *eod.*

lieno solo ex sua materia domum ædificaverit, illius fit domus, cujus et solum est. Sed hoc casu materiæ dominus proprietatem ejus amittit, quia voluntate ejus intelligitur esse alienata, utique si non ignorabat, se in alieno solo ædificare: et ideo licet diruta sit domus, materiam tamen vindicare non potest. Certe illud constat, si in possessione constituto ædificatore, soli dominus petat, domum suam esse, nec solvat pretium materiæ, et mercedes fabrorum, posse eum per exceptionem doli mali repelli; utique si bonæ fidei possessor fuerit qui ædificavit (1). *Nam scienti solum alienum esse, potest objici culpa, quod ædificaverit temere in eo solo, quod intelligebat alienum esse* (2).

COMMENTARIUS.

1 Explicatur *hic* species superiori contraria. *Illic* quæsitum fuit de eo, qui ex aliena materia ædificavit in solo suo; *hic* quæritur de eo, qui ex sua materia ædificavit in solo alieno. De quo ex personis ædificantium et tempore varie constituitur, quantum quidem attinet ad materiam et impensas in ædificando factas: nam ad ædificii acquisitionem quod attinet, inter personas ædificantium nihil interest, sed illius semper fit dominus, cujus est solum, juxta regulam jam traditam et expositam §. *præcedenti.*

2 (*Utique si non ignorabat*). Cum non de ædificio ipso, sed aut de materia aut de pretio materiæ aliisve impensis consequendis quæritur, non eadem omnium ædificantium in proposito ratio est: sed alia ejus, qui bona fide, dum suum putat, alia ejus, qui sciens prudens in alieno ædificavit. De materia ita jus est. Qui ex sua materia in alieno solo ædificavit bona fide, is quamvis ædificium, quod posuit, solum sequatur, ac per hoc dominum soli, materiæ tamen proprietatem non amittit, arg. *hujus* §. in verbis à me notatis. Et ideo licet manente ædificio nullam de materia neque actionem neque exceptionem habeat, quibus consequi possit, ut materia separetur, et sibi reddatur propter legem XII. Tab. de æstimatione tamen ei consultum est, de quo mox; et ædificio diruto, poterit ipsam materiam vindicare, *l. 2. C. de rei vind.* Qui autem ex sua materia in alieno ædificavit mala fide, placet, eum proprietatem materiæ amittere in tantum (3), ut ne diruto quidem ædificio eam vindicare possit. Cujus rei rationem hanc affert *hic* Justinianus post Cajum in *l. 7. §. 12. hoc tit.* quod sua voluntate materiam intelligatur alienasse, id est, donasse domino soli. Nimirum hæc juris adversus eum, qui non ignorat se in alieno ædificare, præsumptio est, arg. *l. 14. de donat. l. 53. de reg. jur.*

3 Cæterum si qua probabilis conjectura sit, ob quam videri

(1) *L. 41. d. tit. 28. P. 3.*
(2) *L. 42. eod.*
(3) *D. l. 42. tit. 28. P. 2.*

possit, licet sciens, non tamen animo donandi ædificasse: dissoluto ædificio, materiam vindicare non prohibetur, *l.* 2. *C. de rei vind.* Finge aliquem in aliena area ædificasse, cujus bonæ fidei emptor fuit; verum ædificasse quo tempore jam sciebat alienam: negabo, id eum animo donandi fecisse; quippe cum spem haberet fore, ut aream usucaperet, arg. *l.* 37. *de rei vind.* Finge, ædificasse in solo litigioso: dicam, id sui juris possessionisque tuendæ causa fecisse, non animo donandi, per *l.* 2. *C. eod. tit.* Finge denique, colonum aut inquilinum ædificasse in area conducta: dicam, id factum esse, quo commodius re conducta uterentur, aut in ea habitarent, non quod materiam domino donare voluerint, *l.* 55 §. 1. *locat.*

4 (*Si in possessione constituto ædificatore etc.*). Cum igitur stante ædificio ædificator, cujuscunque generis sit, nullam, ut dictum est, actionem aut exceptionem habeat, qua materiam ipsam consequatur, quæsitum est de materiæ æstimatione cæterisque impensis, quæ in ædificando factæ sunt, ¿anne eas saltem ædificator remedio aliquo consequi possit? Atque hic iterum aliud atque aliud pro circumstantia temporis et conditione ædificantium servatur. Primum refert, possideat ædes ædificator, an non possideat. Si possideat, placet, eum impensas servare posse per retentionem, opposita doli mali exceptione, si dominus ædificium vindicet non oblata restitutione impensarum *d. l.* 7. §. 12. *et hoc text.* nimirum quia dolo malo facit et contra æquitatem naturalem, qui postulat cum alieno damno et jactura fieri locupletior, *l.* 14. *de cond. indeb.* junct. *l.* 1. *de dol. mal. exc.* Unde etiam placuit, hanc exceptionem eousque duntaxat dandam, quo res facta est pretiosior, *l.* 38. *de rei vind.* et ita demum si fructum ante litem contestatam perceptorum modum excedant, *l.* 48. *eod.* (1). Nam qui suum tantum recipere vult, nihil dolo facit, *l.* 129. *de div. reg. jur.* nec studet cum aliena jactura locupletari, qui hoc tantum agit, ut pro quantitate fructuum perceptorum impensæ minuantur.

5 Si non possidet, nulla ei actio jure prodita est, qua pretium materiæ aut sumptus à se factos consequatur: quia constanter veteres scribunt, nullo alio modo impensas in rem alienam factas servari posse, quam per retentionem, opposita doli mali exceptione, si res à domino vindicetur, Papinianus *l.* 48. *de rei vind.* Julianus *l.* 33. *de cond. ind.* Paulus *l.* 14. *de dol. mal. exc.* Pomponius *l.* 21. *ad SC. Trebell.* Quamobrem cum hoc remedium nulli alii competere possit, quam possidenti; nobis non licet contra manifestam rationem juris, et textus expressos aliud excogitare, quo subveniatur etiam non possidenti, data scilicet ei ultro pro consequendis impensis actione,

(2) *D. l.* 41. *tit.* 28. *P.* 3. *l.* 44. *eod.*

iique solo æquitatis obtentu, deficiente causa et fundamento, in quo actio radicetur, per *l.* 1. *C. de legib.* Quamvis autem hæc rationi juris convenienter se habeant; tamen inspecta æquitate et ratione naturali, merito in judiciis prævaluisse videtur sententia Martini Glossatoris, qui arg. *l.* 6. §. 3. *de neg. gest. et l.* 8. *de pign. act.* non possidenti concedit actionem utilem negotiorum gestorum, facit *l.* 31. *de reb. cred.*

6 Non obstat nobis *l.* 5. *C. de rei vind.* ubi etiam malæ fidei possessor dicitur habere repetitionem necessariarum impensarum. Primum quia *hic* non de necessariis impensis quæritur, sed de utilibus. Deinde, quia ex eo, quod dicitur, impensarum esse repetitionem, non sequitur, illico eo nomine etiam esse actionem: sufficit enim repetitionem esse suo modo, per retentionem videlicet et exceptionem, quippe verbum *repetitionis*, uti et *petitionis,* etiam ad eum pertinet, qui exceptione utitur, *l.* 1. *de except. l.* 15. *rat. rem. haber.* neque aliter in *d. l.* 5. accipi potest, ubi agitur de ædificatore constituto in possessione, D. Donel. 20. *comm.* 7.

7 (*Utique si bonæ fidei possessor fuerit etc.*). Non satis est ad servandas impensas, ædificatorem in possessione constitutum esse, nisi factæ sint bona fide: malæ fidei possessori hæc impensarum deductio denegata est, *l.* 37. *de rei vind. l.* 5. *C. de ædif. priv.* ¿Quid igitur est, quod Paulus scribit *l.* 38. *de hær. pet.* etiam in prædonis persona haberi rationem impensarum, ne petitor ex aliena jactura locupletetur? Respond. Paulum non simpliciter dicere, etiam prædonem impensas deducere aut imputare, sive per retentionem opposita doli mali exceptione servare; verum in hujus quoque persona haberi rationem impensarum necessariarum et utilium. Quod sic omnino accipi debet, ut necessarias quidem deducat (nam necessariarum impensarum deductio tributa est omnibus possessoribus, etiam qui mala fide possident, *l.* 5. *C. de rei vind.* (1)); utiles vero, de quibus solis *hic* quæritur, sine læsione rei tollat, *d. l.* 37. *de rei vind. l.* 5. *C. eod.* Nam ita quoque in prædonis persona utilium impensarum ratio habetur, quarum tollendarum stricto jure nulla ei potestas. ¿Quid ergo si nolit petitor pati, ut utiles impensas tollat? Potest sane id pro suo jure facere, *l.* 38. *de rei vind.* Sed hoc casu utiles quoque impensæ deducentur, ne, quod ait Paulus, ex aliena jactura petitor lucrum sentiat: quæ ratio in utilibus impensis hoc demum casu locum habet, non autem si paratus sit petitor pati, ut tollantur (2). Ita D. Anton. Faber *conject.* 1. et *det.* 26. *err.* 8. *et seq.* cui in hoc assentior. Quæstio universa de retentione rei ob sumptus in eam à possessore factos multas et ma-

(1) *L.* 44. *dict. titul.* 38. *Part.* 3.

(2) *D. l.* 44.

gnas recipit varietates, tum ex personis possessorum et petitorum, tum ex causis et generibus sumptuum: quæ omnia sigillatim persequi, non est hujus loci. Vid. D. Donel. *commun.* 7. Menoch. *rec. poss. rem.* 15. *n.* 500. *et seq.* Garc. *de expens. et meliorat. cap.* 1. *numero* 24. *et cap.* 7.

4 "In Hispania etiam in ca- »su *hujus textus* semper dominus »ædificii dominus erit tigni jun- »cti, insuper habito an bona, vel »mala fide fuerit junctum, arg. »*l.* 38. *tit.* 2°. *P.* 3. quam in cal- »ce *superioris* §. laudavimus.

TEXTUS.

De plantatione.

31 *Si Titius alienam plantam in solo suo posuerit, ipsius erit. Et ex diverso, si Titius suam plantam in Mævii solo posuerit, Mævii planta erit, si modo utroque casu radices egerit: ante enim quam radices egerit, ejus permanet, cujus fuerat. Adeo autem ex eo tempore, quo radices egerit planta, proprietas ejus commutatur, ut si vicini arbor ita terram Titii presserit, ut in ejus fundum radices egerit, Titii effici arborem dicamus: ratio enim non patitur, ut alterius arbor esse intelligatur, quam cujus in fundum radices egerit. Et ideo circa confinium arbor posita, si etiam in vicini fundum radices egerit, communis fit* (1).

COMMENTARIUS.

1 Secunda species cessionis propositæ est plantarum positarum in alieno solo. Tria autem sunt, quæ *hic* et apud Cajum in *l.* 7. §. *ult. hoc tit.* docemur. Primum est, plantas in alieno solo positas ejus manere, cujus fuerant, usque dum radices egerint. Alterum, ex quo radices egerint, solo cedere et incipere ejus esse, cujus est solum. Tertium, nihil in proposita specie interesse, utrum quis in suo solo plantam alienam posuerit, an in solo alieno plantam suam. Ratio cessionis supra est exposita; cui etiam hæc accedit, quod plantæ non tantum in solo consistant, sed ubi radices egerint, etiam ex eo solo alimentum capiant et succum, citra quem vivere ac vegetari non possunt, *l.* 26. §. 2. *hoc tit.*

2 (*Si etiam in vicini fundum radices egerit, communis fit*). Efficit hoc eadem ratio: sed hoc sic temperandum, si ea arbor in vicini fundum etiam integras aliquot radices egerit; nam si extremas tantum radicum partes in vicini fundum porrexerit, quamvis inde nonnihil alimenti capiat, ejus tamen manet, cujus in fundo origo ejus fuit; eo quod radices magis juxta arboris truncum spectandæ, quam partes earum extimæ. Et ita Pomponius in *l.* 6. §. *ult. arb. fur. cæs.* cum Cajo et Justiniano conciliandus.

3 "In Hispania licet *l.* 43.

(2) *L.* 43. *eod.*

„*tit*. 28. *P*. 3. loquatur tantum „de eo, qui mala fide plantam „suam in solo alieno posuit; ta- „men et eum, qui b. f. id fecit „dominium plantæ amittere, post- „quam hæc in fundum alienum „radices egerit, recte monet Gre- „gor. Lopez *gloss*. 2. *d. l.* 43."

TEXTUS.

De satione.

32 *Qua ratione autem plantæ, quæ terræ coalescunt, solo cedunt, eadem ratione frumenta quoque, quæ sata sunt, solo cedere intelliguntur. Cæterum sicut is, qui in alieno solo ædificavit, si ab eo dominus petat ædificium, defendi potest per exceptionem doli mali, secundum ea, quæ diximus; ita ejusdem exceptionis auxilio tutus esse potest is, qui alienum fundum sua impensa bona fide consevit.*

Hujus §. eadem plane sententia est, quæ *superioris.*

TEXTUS.

De scriptura.

33 *Litteræ quoque licet aureæ sint, perinde chartis membranisve cedunt, ac solo cedere solent ea, quæ inædificantur, aut inseruntur. Ideoque si in chartis membranisve tuis carmen, vel historiam, vel orationem Titius scripserit; hujus corporis, non Titius, sed tu dominus esse videris. Sed si à Titio petas tuos libros tuasve membranas, nec impensas scripturæ solvere paratus sis, poterit se Titius defendere per exceptionem doli mali, utique si earum chartarum membranarumve possessionem bona fide nactus est* (1).

COMMENTARIUS.

1 Hæc quarta species est hujus generis accessionis. Ait, litteras licet aureas, chartis membranisve cedere, perinde ac solo cedunt quæ inædificantur aut inseruntur, ut nimirum totius corporis idem sit dominus, qui et chartæ aut membranarum fuit, eadem ratione, qua superiora, quod scilicet velut in alieno solo positæ habeantur, ac necesse sit ei rei eas cedere, sine qua esse non possunt; quæ Pauli ratio est hujus generis accessionum omnium communis, *l.* 23. §. 3. *de rei vind.*

2 (*Poterit se Titius defendere per except.*). Non aliter tamen, quam si scriptura utilis sit domino chartæ, ut ea recepta locupletior fiat propter scripturam, arg. *l.* 38. *de rei vindic.*

TEXTUS.

De pictura.

34 *Si quis in aliena tabula pinxerit, quidam putant tabulam picturæ cedere; aliis videtur, picturam* (*qualiscunque sit*) *tabulæ cedere: sed nobis videtur melius*

(1) *L.* 36. *d. tit.* 28. *P.* 3.

esse tabulam picturæ cedere. Ridiculum est enim, picturam Apellis, vel Parrhasii in accessionem vilissimæ tabulæ cedere. Unde si à domino tabulæ imaginem possidente is, qui pinxit, eam petat, nec solvat pretium tabulæ; poterit per exceptionem doli mali submoveri. At si is, qui pinxit, eam possideat, consequens est, ut utilis actio domino tabulæ adversus eum detur: quo casu si non solvat impensam picturæ, poterit per exceptionem doli mali repelli; utique si bonæ fidei possessor fuerit ille, qui picturam imposuit. Illud enim palam est, quod sive is qui pinxit, surripuit tabulas, sive alius, competit domino tabularum furti actio (1).

COMMENTARIUS.

1 Quinta et postrema hujus generis species est pictura, quæ et ipsa ex eadem ratione tabulæ, cui imposita est, cedit. Neque quicquam de jure cessionis mutat pretium picturæ; alioquin dicendum esset, nec ædificium areæ, nec purpuram vestimento, nec litteras aureas chartis cedere debere: naturale enim est, ut adjunctum cedat subjecto, hoc est, ei rei sine qua illud esse non potest, licet majoris sit pretii, ut disputat Paulus contra nonnullos veterum, qui de pictura contra sentiebant, *l.* 23. §. 3. *de rei vindic.* Cæterum Justinianus *hic* insuper habita et auctoritate et ratione Pauli, veterum illorum, inter quos et Cajus noster fuit, *l.* 9. §. 2. *hoc tit.* sententiam amplectitur, vultque nominatim quod iis placebat, in specie proposita subjectum cedere adjuncto, tabulam picturæ.

2 Rationem si quæras, scribit Paulus *d. loc.* eos, qui in pictura à communi acquirendi ratione recedendum putabant, ita sensisse propter pretium picturæ: quamvis ei hæc ratio tanti visa non sit, ut ob id diversum jus in pictura statui debuerit. Et sane non est, si ea de solo pretio rei pictæ accipiatur: verum arbitror, veteres maxime pretium ipsius artis spectasse, cujus scilicet tanta sit dignitas, præstantia atque nobilitas, ut quæ ab ea profecta sunt, etiam prærogativam aliquam in re, de qua agimus, mereantur. Sane vocis *picturæ* significatio id non impedit, quippe quia non minus ars ipsa pingendi, quam res aut tabula picta denotatur, veluti cum dicimus, certare pictura, docere, exercere picturam &c. Plinius *lib.* 35. *cap.* 9. *Certamen picturæ institutum est Corinthi ac Delphis.* Quanto autem hæc ars in pretio atque honore fuerit, vel ex eo æstimare licet, quod dignatione liberalium censeretur, et quidem in primo gradu: eamque solos ingenuos et honestos exercere fas esset, interdicto perpetuo, ne servitia docerentur, teste Plin. *dict. lib.* 35. *cap.* 10.

3 (*Aliis videtur, picturam, qualiscumque sit, tabulæ cedere*). Hoc est, picturam, etiam quæ

(1) *L.* 37. *eod.*

maximi pretii sit, et nobilissimam cedere tabulæ cui imposita est, licet longe viliori. Inter hos autem et Paulus noster est, *d. l.* 23. §. 3. *de rei vind.* Cujus sententia cum aliis locis, à quibus commode separari non potuit, in contextum forte irrepsit. Qui negant, Paulum ab aliis dissensisse, eos oportet esse egregios dissidentium opinionum conciliatores.

4 (*Picturam Apellis, vel Parrhassii*). ¿Quid ergo, si non Apelles aliquis, aut Parrhasius, Zeuxisve, aut Phidias; sed alius longe inferioris notæ pictor imaginem in aliena tabula posuerit? ¿An dicemus imaginem, quam ille pinxit, tabulæ cedere, quia Justinianus insignium tantum pictorum mentionem facit? Mihi quidem non videtur ea mens esse Imperatoris, cum Cajus, cujus sententiam *hic* sequitur et approbat, simpliciter pronuntiet, placere tabulas picturæ cedere, *d. l.* 9. §. 2. *hoc tit.* Et sane non satis rationi convenit, ob excellentiam alicujus artificis jus in universum mutari, quod *hic* factum est. Quamobrem existimo, Justinianum exempli tantum causa insignium horum pictorum meminisse; in universum autem non artificis, sed artis præstantiam, cum cæteris spectasse. De Apelle, Parrhasio, aliisque primæ notæ pictoribus antiquis vid. Plin. *d. loc.*

TEXTUS.

De fructibus bona fide perceptis.

35 *Si quis à non domino, quem dominum esse crediderit, bona fide fundum emerit, vel ex donatione, aliave qualibet justa causa æque bona fide acceperit: naturali ratione placuit, fructus, quos percepit, ejus esse pro cultura, et cura. Et ideo si postea dominus supervenerit, et fundum vindicet, de fructibus ab eo consumptis agere non potest. Ei vero qui alienum fundum sciens possederit, non idem concessum est. Itaque cum fundo etiam fructus, licet consumpti sint, cogitur restituere.*

COMMENTARIUS.

1 Modos acquirendi jure gentium dominii commodioris doctrinæ gratia ita supra distinximus, quod quædam eo jure nobis acquirantur facto nostro et occupatione, quædam solius rei nostræ beneficio ac potestate: in quibus tamen explicandis ordinem à Compositoribus servatum *hic* sequi necesse fuit: et fere jam hi modi etiam speciatim à nobis expositi sunt, omnes quidem omnino et singuli, quibus sine facto nostro, sola rei nostræ vi acquirimus; quibus vero facto nostro, paucis exceptis, scilicet inventione thesauri, et apprehensione rerum, quæ à dominis vel traduntur, vel pro derelictis habentur: de quibus adhuc postea dicendum.

2 Ad neutrum autem horum modorum videtur referri posse acquisitio fructuum ex re aliena bona fide possessa perceptorum. Neque enim fiunt bonæ fidei posses-

soris jure et potestate rei suæ, unde non nascuntur; neque solo ipsius facto, puta cultura, cura, perceptione: nam eadem ratione fierent et malæ fidei possessoris: neque ab alio percepti, agrove ab alio consito, bonæ fidei possessoris fierent, licet perceptio bonæ fidei possessori sit causa sine qua non. Denique nec ulla alia ratione videtur hæc forma acquisitionis defendi posse: nam cum inter cætera, quæ potestate rei nostræ acquirimus jure gentium vel maxime sint fructus qui ex ea nascuntur, *l.* 25. *in pr.* et §. 1. *de usur. l.* 2. *et l.* 6. *hoc tit.* ejusdem quoque juris rationi convenire videtur, ut iidem fructus nostri maneant, etiam cum à re, unde extiterunt, separati sunt. Nam si fructus pendentes pars sunt fundi, et ejus qui fundi dominus est, *l.* 44. *de rei vind.* necesse est, etiam separatos ejusdem manere: id enim est, quod dicitur, meum esse, quod ex re mea superest, *l.* 49. §. 1. *d. tit.* Et res ita se habet.

3 Cæterum hic acquirendi modus anomalus est seu extraordinarius, et quasi exceptio; nisi malueris eum ampliationem appellare illius, per quem vi ac potestate rei nostræ acquirimus, quia nempe bonæ fidei possessor pro domino habetur, cum bona fides tantundem præstet possessori, quantum rei veritas, quotiens lex impedimento non est, ut traditur in *l.* 136. *de div. reg. jur.*

4 Res quæ acquiritur, sunt fructus. Fructus teste Varrone 4. *de ling.* à ferendo dictus est, ut sit: *Omne id, quod res ferat.* Nostri, cum generalius loquuntur, appellatione fructus omnem redditum, omnem obventionem, omneque commodum, quod vel ex re nascitur, vel per causam rei percipitur, complectuntur. Hinc nata fructuum divisio in civiles et naturales. Civiles dicuntur: *Qui non ex corpore rei nascuntur, sed extrinsecus per occasionem rei jure percipiuntur*, cujus generis sunt usuræ, mercedes, pensiones, redditus annui: unde nec proprie fructus sunt, *l. usuræ* 121. *de verbor. sign. l.* 62. *de rei vind.* Sed in fructum numerantur, quia vicem fructuum obtinent, *l.* 36. *de usur. l.* 29. *de her. pet.* eorumque etiam ratio habetur in judiciis petitoriis, *l.* 27. §. 1. *et* 3. *seqq. d. tit.*

5 Naturales fructus sunt: *Quos natura ex re ipsa producit*; eorumque duplex item potest esse consideratio; aut enim natura sola et sponte magis, quam diligentia hominis proveniunt, ut poma, oleæ, nuces, lignum, fœnum, et dicuntur *naturales* in specie; aut natura quidem adjutrice, cæterum facto magis et industria hominum: quos quia natura non producit, nisi accedat labor et industria hominis, *industriales* vulgus Interpp. appellavit; cujusmodi sunt segetes, legumina, aliaque in agris sata, *l.* 45. *de usur.* unde hæc distinctio petita. Huc item nonnulli referunt fœtus pecudum, lac, pilum, lanam, arg. *l.* 7. §. 9. *solut. matr.* Don. 4. *comm.* 25. Menoch. *de arb. cap.* 120. *num.* 26. Et sane hæc absque cura et sumptu possesso-

ris non proveniunt, sed tamen non ideo minus fructus naturales censeri oportere contendit Pinell. in *l.* 2. *C. de resc. vend. p.* 2. *cap.* 4. *num.* 52. et D. Tulden. *cap.* 45. Ego cum Bartolo in *l.* 35. *de rei vind.* Covarr. 1. *resol.* 3. *numer.* 6. existimarem, nonnihil hic tribuendum esse arbitrio Judicis: quamvis id ad quæstionem propositam parum faciat. Utut est, de utroque hoc genere disputatur *hoc text.*

6 In persona acquirentis duo exiguntur: ut possideat, hoc est, animo et affectu dominantis rem teneat, *l.* 13. §. 1. *de publ. in rem act.* et ut possideat bona fide, id est, justam causam habeat, ob quam existimet, rem ad se pertinere, *l. bonæ fidei* 109. *de verb. sign.*

7 Modus horum fructuum acquirendorum est perceptio: nec interest, an ipse possessor eos percipiat, an alius suo nomine, non possessoris, *l.* 13. *quibus mod. ususfr. amitt.* Percepti autem fructus intelliguntur simul atque à re, qua tenebantur, separati sunt. In fundo cum se terra continere desierunt, veluti spica aut fœno cæso, uva adempta, excussa olea, nucibus et pomis dejectis aut decerptis, licet nondum collecti aut avecti sint, frumentum nondum tritum, vinum aut oleum nondum factum, *d. l.* 13. In animalibus, cum fœtus editus, lac expressum, lana detonsa est, *l.* 28. *de usuris.* Nonnunquam tamen verbo percipiendi aliquid amplius designatur, quam simplex illa, quam dixi, fructuum à re separatio; quomodo accipiendum, quod Paulus scribit in *l.* 48. *hoc tit.* fructus bonæ fidei possessoris fieri, etiam prius quam eos perceperit; nimirum prius quam perceperit plene et perfecte, prius quam eos collegerit, avexerit, quam spicam triverit, uvas, olivas expresserit, *l.* 78. *de rei vind.*

8 Tribuitur igitur hæc acquisitio perceptioni. ¿At quo jure, quave ratione? Naturali, ut ait Justinianus *hic*, nimirum propter culturam, et curam possessoris percipientis. Sed enim neque sola hæc acquisitionis hujus ratio est, neque præcipua, ut patet ex iis, quæ jam disputata sunt; et si culturæ tantum aut curæ ratio hic haberetur, hoc solum possessori concedendum esset, ut impensam et operam in colendo et curando præstitam imputet, atque ad eum duntaxat modum fructus deducere vel retinere possit, si aliter ei restitutio non fiat. Principalis vero ratio in persona possessoris quærenda. Et est bona fides, quippe quæ facit, ut possessor pene pro domino haberi debeat, *l.* 25. §. 1. *de usur. d. l.* 48. *hoc tit.* hinc non tantum fructus, sed et cætera fere omnia, quæ dominis tribuuntur, et bonæ fidei possessoribus tribuuntur.

9 (*Aliave justa causa æque bona fidei acceperit*? Duo his verbis requiruntur ut possessor fructus suos faciat: unum ut fundum seu rem acceperit bona fide, id est, existimans tradentem habuisse potestatem transferendi in eum dominium; alterum ut traditio sit facta ex justa causa, ea scili-

cet quæ sufficiens sit ad dominii translationem, ut venditio &c.

10 Ait, *acceperit*: etenim aliter nec possidet, nec putare potest rem suam esse, licet conventio præcesserit; non enim nudis pactis, sed traditionibus dominia rerum jure gentium transferuntur, *l.* 20. *C. de pact.* (1). Obiter addo, bonam fidem benigna juris interpretatione in possessore præsumi, atque inde esse, quod non ipse possessor de bona fide sua docere cogatur, sed adversarius contrarium ostendere debeat, *l.* 18. §. 1. *de probat. l. penult. C. de evict.* (2).

11 (*Fructus quos percepit ejus esse pro cultura, et cura*). Cum in persona possessoris concurrunt ea quæ diximus, placet, sola perceptione, adeoque sola separatione á re, quà tenebantur, fructus possessoris fieri. Non interest, quo titulo possideat, oneroso, an lucrativo: nam et eum, qui ex causa donationis rem accepit, diserte cum emptore in hac quæstione exæquat Justinianus. Sed neque fructuum conditio quicquam de hac adquisitione mutare videtur, et non tantum fructus industriales, sed naturales etiam ad hanc acquisitionis speciem pertinere. Nam generaliter atque indistincte loquitur *hic* Imperator, et Jurisconsulti in *l. bonæ fidei* 48. *hoc tit.* quæ omnem dubitationem tollit, *l.* 78. *de rei vind. l.* 13. *quibus mod. usufr. amitt.* in qua fœnum, de quo negari non potest fructum esse naturalem traditur fieri bonæ fidei possessoris, simul atque à solo separatum est. Ait quidem Justinianus *hic*, fructus bonæ fidei possessoris fieri pro cultura et cura; at vix ulla res est, quæ sine cultura aut cura aliqua fructum ferat, coluntur enim agri, curantur pecora, putantur arbores, atque etiam oleæ attonderi et interradi gaudent, Plin. *lib.* 15. *cap.* 1. Sed et si qui fructus sine cultura aut cura proveniant, ut silvæ cæduæ, poma, nuces, aliique fructus sylvestres, nihilo tamen minus huc pertinet. Nam ut non multo ante diximus, præcipua et adæquata fructuum acquisitionis ratio est bona fides possessoris, quæ efficit, ut tanquam dominus jure soli fructus percipiat; et consequenter etiam eos percipiendo suos faciat, in quos neque culturam neque curam ipse impendit, *l.* 25. §. 1. *de usur.* tantum quia raro accidit, ut fructus sine cultura aut cura proveniant, ratio hæc à Justiniano expressa est.

12 Non obstat *l. fructus* 45. *de usur.* quia loquitur de bonæ fidei possessore qui justum titulum non habet, conjuge scilicet cui conjux rem donaverat: donationes etenim inter virum et uxorem toto jure improbatæ sunt, *tit. D. et C. de donat. inter vir. et uxor.* Itaque Pompon. in *d. l.* 45. aperte facit in hoc argumento duo bonæ fidei possessorum genera per verba illa *sicut cujuslibet b. f. possessoris*: atque ita est: possessores namque b. f. justo titulo ni-

(1) *L.* 50. *tit.* 5. *P.* 5.

(1) *L.* 10. *tit.* 29. *P.* 3.

xi, ut regulare est; et de quibus *noster* §. exaudiendus, etiam fructus naturales suos faciunt; secus qui eo destituuntur, id est, quorum titulum jus improbat: ne cui juris ignorantia in compendiis prosit, *ll.* 4. 7. *et* 8. *de jur. et fac. ign.* Exempla quisque formare poterit. Nec sequitur; injuste seu titulo invalido possidet: ergo mala fide. Possessor prædii minoris sine decreto alienati possidet injuste, bona tamen fide possidet, si ignorans rem minoris esse, aut in jure errans rem emit, fructusque industriales propter bonam fidem suos facit, *l.* 2. *C. si quis ign. rem min.*

13 (*De fructibus ab eo consumptis agere non potest*). Hoc idem traditur §. 2. *infr. de off. jud.* et Paulus in *l.* 4. §. 2. *fin. reg.* ait, bonæ fidei possessorem fructus consumptos lucrari. Unde sequitur ex contrario, de non consumptis, hoc est, extantibus adhuc, licet à solo separatis, dominum agere posse, eosque bonæ fidei possessorem non lucrari, quod et expresse traditum est, *l.* 22. *C. de rei vind.* (1), quam ob causam Africanus consumptos demum suos facere bonæ fidei possessorem scribit in *l.* 40. *hoc tit.* et Paul. in *l.* 4. §. 19. *de usurp. et usucap.* consumptos vel usucaptos: quia hi soli re evicta non restituuntur. Dubitandum autem non est, quin ut omnes, tam naturales quam industriales consumptos bonæ fidei possessor lucratur, ita vice versa, tam industriales quam naturales non consumptos teneatur restituere, arg. *hujus* §. *et dd. loc.* Nam quod maritus non restituit fructus industriales, licet adhuc extent, in specie, *l.* 45. *de usur.* id hanc rationem habet, quod maritus eos permittente jure sibi acquisivit ex voluntate uxoris donatricis.

14 Ergo, inquies, falsum est, quod hactenus probare conati sumus, sola perceptione fieri fructus bonæ fidei possessoris. Et utique falsum esset, si hæc eidem rei atribuerentur, et eadem ratione. Sed sciendum est duplicem esse dominii acquisitionem: unam perpetuam, et citra voluntatem aut factum domini irrevocabilem; alteram temporalem et revocabilem ex causa superveniente, quæ dominii causam tollat; quale jus est mariti in re dotali, quod soluto matrimonio ab eo recedit; et hæredis fiduciarii, quod cedente die fideicommissi in fideicommissarium transit; item hæredis in re sub conditione legata, *l.* 66. *de rei vind.* *l.* 29. §. 1. *qui et à quib. man.* et tale quoque in proposito jus est bonæ fidei possessoris in perceptis necdum consumptis fructibus usque ad evictionem. Hoc autem jus sive dominium fructuum consumptione irrevocabile fit.

15 De consumptis porro quæsitum est, an non saltem bonæ fidei possessor ad restitutionem eorum teneatur, quatenus ex iis factus est locupletior. Et verius est, eum non teneri. Nam primo textus omnes, qui de consumptis fructibus loquuntur, generaliter et

(1) *L.* 39. *tit.* 28. *P.* 3.

sine ulla distinctione negant, eorum nomine bonæ fidei possessorem teneri; et Impp. in *l.* 22. *C. de rei vind.* duntaxat eum teneri nomine extantium ajunt, quasi de consumptis inquirendum non sit. Adhæc, tantum tribuit bonæ fidei possessori consumptio, quantum usucapio, *l.* 4. §. 19. *de usurp. et usucap.* at usucaptorum nihil restituitur. Et postremo, quod bene notandum est, dicitur bonæ fidei possessor fructus consumptos lucrari, *l.* 4. §. 2. *fin. reg.* quod utique falsum esset, si eos, quatenus locupletatus esset, teneretur restituere: nemo enim sine lucro locupletatur, licet aliud obtineat in possessore hæreditatis ex *l.* 25. §. 11. *hæred. pet.* et aliis.

16 Neque obstat, quod in judicio petitionis hæreditatis bonæ fidei possessor teneatur in quantum locupletior factus est, *l.* 25. §. 11. *l.* 40. §. 1. *de hær. pet. l.* 1. *C. eod.* Non enim eadem in proposito judicii universalis et rerum singularum petitionis ratio est. Nam nec titulum habet possessor hæreditatis, fructus ab eo percepti statim in numerum rerum hæreditariarum recipiuntur, ipsamque augent hæreditatem, ut nec ab initio quicquam hic suum faciat, aut consumptum postea lucretur; unde fit, ut eodem jure, quo ipsa corpora hæreditaria, et fructus petantur, atque in restitutionem hæreditatis veniant, *l.* 20. §. 3. l. 46. §. 1. *de hær. pet.* Deinde, petitio hæreditatis non tantum in rem est, sed insuper habet præstationes personales, *l.* 7. *C. de pet. hær. l.* 25. §. 18. *ff. eod.* quarum ratione in locum rerum hæreditariarum, quales etiam sunt fructus, eorum pretia succedunt, quibus proinde extantibus, res hæreditariæ consumptæ haud intelliguntur. Itaque quando ex fructibus hæreditatis possessor locupletior factus est, licet ipsi fructus in specie consumpti sint; tamen quoad effectus juris, in pretio seu æstimatione eorum, penes possessorem extare censentur; ut mirum non sit, horum nomine possessorem teneri, *d. l.* 25. §. 18. *l.* 20. §. 1. *eod.* In particularibus autem judiciis non solet res in locum pretii, aut contra succedere, *l.* 7. *in fin. qui pot. in pign.*

17 (*Ei vero, qui alienum fundum sciens*). Fructuum jure soli acquisitio non tribuitur cuivis possessori, sed possessori bonæ fidei duntaxat: nam malæ fidei possessor, ut nullum jus in solo habet, ita nec ullos fructus, aut percipiendo interim suos facit, aut consumendo lucratur: sed cogitur cum ipsa re etiam fructus, licet consumpti sint, restituere, ut *hic*, *et d. l.* 22. *C. de rei vind.* Sed neque per retentionem, opposita doli mali exceptione sumptus à se factos servare poterit, si res vindicetur, argum. eorum, quæ tradidimus *supr. ad* §. 30. *et aliquod sequentib. eod.* exceptis sumptibus factis fructuum quærendorum gratia, *l.* 36. *in fin. et l. seq. de hær. pet.* (1). Nec illud refert, ab

(1) *L.* 42. *tit.* 28. *P.* 3.

initio quis mala fide possederit, an postea possidere cœperit; nam et hic ex eo tempore, quo cognovit rem alienam esse, fructus suos facere desinit, *l.* 23. §. 1. *l. bonæ fidei* 48. §. 1. *hoc tit.* Postremo huc pertinent possessores omnes post litem contestatam, §. 2. *infr. de offic. jud. d. l.* 22. *C. de rei vind.* quoniam post motam controversiam possessores omnes in causa fructuum pares sunt, et quasi prædones tenentur, *l.* 25. §. 7. *de hær. pet. l.* 10. *C. de long. tem. præscript.* ac proinde etsi fructus à bonæ fidei possessore ante judicium percepti sint, sed post litem demum contestatam consumpti, nihilominus eo nomine condemnabitur: quia id omne restituendum est, quod habiturus esset petitor, si tempore judicii accepti restitutio facta fuisset, *l.* 20. *de rei vind.*

18 In summa possessores malæ fidei, quales item habentur post litem inchoatam omnes, fructus omnes cum ipsa re restituere debent, *d. l.* 22. *C. de rei vind.* tenenturque eo nomine de extantibus rei vindicatione, de consumptis condictione, scilicet ad æstimationem, quæ vice rei fungitur, *l.* 3. *C. de cond. ex lege.* Tenentur vero non tantum de perceptis, verum de iis quoque, qui non percepti honeste percipi potuerunt (1); in quo persona non possessoris, sed petitoris spectatur: neque hic possessori patrocinari debet, quod titulo possideat; quippe titulus à dolo non excusat; negligentia autem possessoris dolosi domino nocere non debet, quominus consequatur, quod consequi potuisset, si ipsi licuisset rem possidere, vid. *l.* 33. *l.* 62. §. 1. *de rei vind.*

19 "In Hispania fructus na„turales non fiunt bonæ fidei pos„sesoris, *l.* 39. *tit.* 28. *P.* 3. De „eo autem, qui bona fide possi„det hæreditatem ad se non per„tinentem, generaliter statutum „est, *l.* 4. *tit.* 14. *P.* 6. non te„neri de fructibus consumptis, „nulla adhibita distinctione, fa„ctus sit ex eis locupletior, nec„ne. Cæterum Greg. Lop. in *gloss.* „2. *ejusd. l.* 4. hanc distinctio„nem facit, prout jure Romano„rum obtinere ex *l.* 25. §. 11. „*de hær. pet.* modo vidimus, vers. „*Neque obstat.*"

TEXTUS.

A fructuario, et colono perceptis.

36 *Is vero, ad quem ususfructus fundi pertinet, non aliter fructuum dominus efficitur, quam si ipse eos perceperit. Et ideo licet maturis fructibus, nondum tamen perceptis, decesserit, ad hæredes ejus non pertinent, sed domino proprietatis acquiruntur. Eadem fere et de colono dicuntur.*

COMMENTARIUS.

1 Disputatio de fructibus à bonæ fidei possessore perceptis

(1) *L.* 4. *tit.* 14. *P.* 6. *vers.* Mas.

occasionem Justiniano dedit, ut de jure, quod hic fructuarius et colonus habent, obiter aliquid subjiceret. Hi in eo à bonæ fidei possessore differunt, quod fructus percipiunt ex voluntate domini, fructuarius jure servitutis sibi constitutæ, colonus ex conventione; unde nec perceptorum fructuum quicquam restituunt. Quia autem jus in solo non habent, nec possident, sed alieno tantum nomine rem tenent, §. 5. *vers. fructuarius, infr. per quas pers. cuiq. acq.* non ut bonæ fidei possessores fructus acquirunt jure quasi dominii aut soli, sed suo ipsorum duntaxat facto et perceptione.

2 (*Quam si ipse eos perceperit*). Fiunt quidem fructuarii etiam sola perceptione, hoc est, statim atque à solo aut re, qua tenebantur, separati sunt, puta spica aut fœno cæso, uva adempta, excusa olea, lana detonsa, lacte mulso. Cæterum non aliter, quam si ipse eos vel alius ejus nomine separaverit, *l.* 13. *quib. mod. us. am.* Quod si sponte deciderint, aut alius eos suo nomine separaverit, non prius fructuarii fiunt, quam eorum possessionem nactus sit; quæ aliter se habent in bonæ fidei possessore, ut docuimus §. *præced.* Plane in fœtu animalium eadem fructuarii et bonæ fidei possessoris hic ratio est, statimque ut editus est, fructuarii fit, *l.* 28. *de usur.* quippe frustra spectes, ut separetur, quod invita natura separari non potest; jubente ea satis separatur sine cujusquam facto.

3 (*Licet maturis fructibus etc*). Quamvis igitur maxima parte anni usus fructus steterit, et fructuarius suis impensis fundum fructuarium conseverit: si is messe nondum facta, licet segete messi jam matura decesserit; nihil in eo, quod terra tenetur, hæres ejus juris habet, *d. l.* 13. sed tantum deducet impensas fructuum quærendorum gratia factas; quia fructus non intelligitur, nisi quod deductis impensis superest, *l.* 7. *solut. matr.* (1). Nec iniquum videri debet, quod dominus fundi ad lucrum, fructuarii labore et sumptu partum vocetur: quippe cum contra fructuario, quamvis minima parte primi aut postremi anni steterit usus fructus, in solidum tribuantur fructus pendentes; etiam pro ea parte, qua usus fructus non cœperat, *l.* 27. *de usuf.*

4 Non obstat exemplum mariti in fructibus rei dotalis, quos placet soluto matrimonio dividi inter maritum aut ejus hæredes, et uxorem pro rata temporis, quo matrimonium stetit, sive fructus à marito sint percepti, sive non sint, *l.* 7. §. 1. et *seq. solut. matr. l. unic.* §. 9. *C. de rei ux. act.* (2). Etenim fructus dotis non ideo marito cedunt, quia eos percepit, sed propter onera matrimonii, quæ sustinere cogitur, *l.* 7. *in princ. de jur. dot. l.* 20. *C. eod.* (3).

(1) *L.* 4. *tit.* 14. *P.* 6. *vers.* Ca segun.

(1) *L.* 26. *tit.* 11. *P.* 4.

(3) *L.* 25. *vers.* La tercera, *eod.*

5 De pensione rei fructuariæ locatæ quæsitum, an si forte ususfructus aliqua tantum parte anni steterit, eam nihilominus integram fructuarius hæresve ejus percipere debeat; an pro rata temporis dividi cum proprietario. Et refert, utrum res à fructuario locata talis sit, unde singulis annis semel fructus nascitur et percipitur, puta fundus; an talis cujus fructus non in alio consistit, quam in ejus rei usu sive commoditate, quæ ex eo usu quotidie percipitur, cujusmodi res sunt ædes, quarum fructus in eo est, ut inhabitentur; item servi, quorum fructus in operis. Fundo locato, si colonus fructus perceperit, merces totius anni debetur fructuario ejusve hæredi, etiamsi ususfructus finitus sit multo ante tempore, quam ea merces ex locatione pendi debebat, *l.* 58. *de usuf.* (1). In aliis vero rebus à fructuario locatis, quarum fructus in solo earum usu consistit, si intra tempora locationis ususfructus interierit, non majore ex parte pensio ad fructuarium hæredemve ejus pertinet, quam pro rata temporis, quo ususfructus mansit; quod superest, pertinet ad proprietarium, ut responsum est locatis operis servi, *l. si operas* 26. *dict. tit.* Ratio est: quia fructuarius nec minus, nec plus per conductorem consequi debet, quam si ipse re fructuaria usus esset: eleganter D. Donel. 10. *comment.* 9. estque hæc communis sententia. Vid. Joann. de Castillo *tract. de usufruct.* 77. *et seqq.*

6 (*Eadem fere et de colono dicuntur*). Duo de fructuario dicta sunt, eum non aliter dominum fructuum fieri, quam si ipse eos perceperit, non alius: item mortuo fructuario fructus pendentes quantumvis maturos non ad hæredem fructuarii pertinere, sed acquiri domino proprietatis. Nunc ait, quæ de fructuario dicta sunt, ea fere et de colono dicenda esse. *To fere* caute adjectum est, ne quis putet, eandem utrisque per omnia in proposito rationem esse. Nam certe longe alia causa est hæredis coloni atque fructuarii. Non enim sicut morte fructuarii finitur ususfructus, ita morte coloni finitur conductio, sed mortuo intra tempora conductionis colono, hæres ejus in eam succedit, §. *ultim. infr. de locat. l.* 10. *C. eod.* (2). Si quid igitur hic est, quod tam de colono quam de fructuario dici possit, illud sit necesse est, quod colonus similiter ut fructuarius non aliter fructus suos faciat, quam si ipse eos perceperit: sin autem alius eos suo nomine à terra separaverit, non colono, sed domino fundi acquirantur, cui etiam ob id soli condictio competat; quod et verum est, aperteque traditum *l. cum plures* 60. §. *messem* 5. *locat. cond.*

(1) *Argum. l.* 3. *titul.* 8. *P.* 5. *in fin.*

(2) *L.* 2. *d. tit.* 8. *P.* 5. *vers.* E si.

TEXTUS.

Quæ sunt in fructu.

37 *In pecudum fructu etiam fœtus est, sicuti lac, pilus, et lana: itaque agni, hædi, et vituli, et equuli, et suculi, statim naturali jure dominii fructuarii sunt. Partus vero ancillæ in fructu non est: itaque ad dominum proprietatis pertinet. Absurdum enim videbatur, hominem in fructu esse, quum omnes fructus rerum natura gratia hominis comparaverit* (1).

COMMENTARIUS.

1 Qua ratione, et modo fructus suos faciat tum bonæ fidei possessor, tum fructuarius, ostensum est §§. *proxime præcedent.* exemplo fructuum, qui in fundis aut agris nascuntur. Quoniam vero etiam hominum et pecudum suus fructus est, quem et ipsum bonæ fidei possesori et fructuario eadem ratione acquiri juri naturali conveniens est, ideo ne quid hic dubii relinqueretur, ostendere voluit, quænam in hominum et pecudum fructu habenda sint, quæ non sint: et ait, in pecudum fructu non tantum esse lac, pilum et lanam, sed fœtum etiam. In hominum autem fructu quæ sint, non definit: sed partum ancillæ negat in fructu esse; et ideo, inquit, ad dominum proprietatis pertinet, ut et Cajus *l.* 28. §. 1. *de usur.* Nimirum uterque hoc significare voluit, non ut fœtus in fructu pecudum est, ita et partum ancillæ in hominis fructu ponendum: in hominum fructu ea duntaxat esse, quæ ex operis eorum percipiuntur, *l.* 4. *de oper. serv.* aut si quid acquirant ex re fructuarii, ejusve, qui eos bona fide possidet, §. 4. et *seq. infr. per quas pers. cuiq. adquir.* ac proinde etiam hæc sola ut fructus fructuario et bonæ fidei possessori acquiri: partum non acquiri, fructuario unquam; bonæ fidei possessori non aliter, quam si eum usuceperit, *d.* §. 4.

2 (*Absurdum enim videbatur*). Vetus fuit quæstio an partus ad fructuarium pertineret; cujus meminit Cicer. 2. *de finib. cap.* 6. ubi ait principes civitatis P. Scævolam et M. Manilium existimasse hominem in fructu esse; Brutum dissensisse: cujus sententia obtinuit, teste Ulpian. in *l.* 68. *de usufr.* Cur autem non placuerit, partum in fructu esse, ejus rei hanc rationem reddit Cajus *dict. l.* 28. §. 1. *de usur.* et Imper. *hoc loco*, quod absurdum visum sit, hominem in fructu esse, cum omnes fructus rerum natura gratia hominis comparaverit; quæ ratio ducta est ex contrariis: quasi dicant: natura non potest eadem res, et fructus esse et id quod fruitur: relata hæc sunt: relatorum unum nunquam potest esse alterum.

3 At enim ut verum fatear, nunquam hæc mihi ratio satis so-

(1) *L.* 23. *tit.* 31. *P.* 3. *vers.* Otrosi.

lida visa fuit. ¿Cur enim magis absurdum, hominem in fructu hominis esse, quam hominem homini servire? Nec est in his ulla oppositio: *Fructus hominis causa comparati sunt: Homo est in fructu hominis.* Non enim hic idem eidem subjecto attribuitur, sed diversis. Quamobrem melior est et certe huic loco magis convenit illa Ulpiani ratio sumpta à fine et usu, quia ancillæ non ad hoc comparantur, ut pariant, sed ut serviant, *l.* 27. *de hær. pet.* Id autem solum in fructu alicujus rei esse intelligitur et ad fructuarium pertinere, quod percipitur ex eo usu, ad quem res parata est, vel natura vel patrisfam. instituto, *l.* 9. §. 5. *et seqq. l.* 10. *de usuf.* Quapropter, etsi nihil interest, partus in fructu sit necne; ad proprietarium pertineat, an ad fructuarium; uti neqne ancillæ, quæ utique servire cogitur: ratio tamen habenda fuit honesti ac decori, cavendumque ne stupris vilitetur dignitas humana, argum. *l.* 44. *de ædil. edict.* Cæterum nihil amplius efficit hæc ratio, quam ut ne partus fructuario aut bonæ fidei possessori acquiri debeat: in cæteris enim partibus juris, in fructu sive reditu aut causa etiam partus computatur, *l.* 8. *l.* 14. *de usur. l.* 24. §. 1. *ad l. Falcid.* Hinc dici solet partum ancillæ esse fructum extraordinarium, ad bonæ autem fidei possessorem et fructuarium solos ordinarios pertinere.

TEXTUS.

De officio fructuarii.

38 *Sed si gregis usumfructum quis habeat, in locum demortuorum capitum ex fœtu fructuarius submittere debet (ut et Juliano visum est); et in vinearum demortuarum vel arborum locum alias debet substituere. Recte enim colere, et quasi bonus paterfamilias uti debet* (1).

COMMENTARIUS.

1 Longius à via digreditur Imperator; sequendum tamen, quocunque trahit. Cum fructus omnes, sive ex re nascantur, sive per causam rei jure percipiantur, fructuarii lucro cedant, æquum est, ut is vicissim onera rei fructuariæ adjuncta agnoscat, juxta regulam naturæ, *l.* 10. *de div. reg. jur.* Inter onera autem, quæ fructuario incumbunt, hoc unum est, ut rem fructuariam tueatur, *l.* 44. *de usuf.* Hæc autem tuitio cum exigat, ut rem, quam accepit, integram et in suo statu conservet, quantum cura et reparatione fieri potest: ideo et curam ac diligentiam rei servandæ adversus imminentia pericula adhibere debet, et quidem talem, qualem diligens paterfam. suis rebus adhibere solet, *l.* 65. *eod.* et suo sumptu sarcire ac reparare, quæ vitii aliquid contraxerunt, aut discesserunt à priori integritate: pu-

(1) *L.* 22. *tit.* 31. *P.* 3.

ta si quid reficiendum est, sarta tecta præstare, animalia ægrota curare, gregem ex fœtu supplere, in locum arborum demortuarum alias substituere: in summa recte colere, atque ut bonus paterfamilias uti, *l.* 7. *l.* 18. *l.* 65. *de usuf.*

2 (*Gregis usumfructum*). Ait *gregis*: nam si non gregis aut universitatis ususfructus nomine collectivo legatus sit, sed singulorum capitum veluti centum ovium, nihil supplere cogitur fructuarius, *l.* 70. §. 3. *de usufr.* quippe in his quæ numero certa sunt et designata; non est argumento locus: et tot sunt tunc ususfructus, quot sunt capita fructuaria, quorum uno mortuo, ususfructus iste extinguitur.

3 (*Demortuorum capitum*). Hoc ideo quia si vi externa capita aliqua ex grege perierint, incendio puta, aut ruina stabuli, aut prædonum impetu, hos casus fructuarius præstare non debet, nec in locum amissorum alia subsistere, arg. *l.* 59. *de usufr.*

4 (*Ex fœtu submittere*). Ait *ex fœtu.* Neque enim de suo gregem supplere fructuarius cogitur, sed ex agnatis capitibus, hoc est, natis ex eodem grege, *l.* 68. §. 2. *eod.* Proinde si ex grege nondum ulla nata sint prioribus demortuis, aut si oves abortierunt, aut fœtus perierunt, priusquam submitti possent; nihil supplere debebit fructuarius. In locum quoque eorum capitum, quem vel senio vel vitio corporis inutilia facta sunt, alia ex fœtu submittenda, *l.* 69. *eod.*

5 (*Submittere debet*). Submissionis effectus hic, ut substituta capita statim domini fiant; sicuti post substitutionem priora sive demortua, vel inutilia et vitiosa, fiunt fructuarii. Hæc enim ex natura fructus desinunt esse proprietarii, *d. l.* 69. *de usufr.*

6 (*Vinearum demortuarum, vel arborum*). Ait *hic* item *demortuarum*, sicut Paulus in *l.* 18. *eod.* nimirum ideo, quia in locum arborum vi tempestatis eversarum alias substituere non tenetur, *l.* 59. *eod. tit.* quippe ususfructuarius omnia quidem, etiam quæ sine culpa ejus contingunt, sed sola rei interna incommoda ac detrimenta sustinet: quæ autem vi contingunt externa, nec à re ipsa proficiscuntur, placet ad onus fructuarii non pertinere, ex regula et jure communi de casibus fortuitis, *l.* 23. *de div. reg. jur. l.* 6. *C. de pign. act.* Ulpian. in *l.* 7. §. *ult. de usuf.* scribit, fructuarium cogi et adserere arbores, id est, forare medullam arboris sterilis, et in eam fœcundæ calamum immittere: insitionis species pro genere. Qua forma Papinianus dixit adserere prolem, pro adoptare: sicut scilicet inforationi surculus truncum adoptat, Cujac. 11. *obs.* 36.

TEXTUS.

De inventione thesauri.

39 *Thesauros, quos quis in loco suo invenerit, Divus Hadrianus naturalem æquitatem secutus ei concessit, qui eos invenerit. Idemque statuit, si quis*

in sacro, aut religioso loco fortuito casu invenerit. At si quis in alieno loco, non data ad hoc opera, sed fortuito invenerit; dimidium domino soli concessit, et dimidium inventori. Et convenienter si quis in Cæsaris loco invenerit, dimidium inventoris, et dimidium esse Cæsaris statuit. Cui conveniens est, ut si quis in fiscali loco, vel publico, vel civitatis invenerit, dimidium ipsius esse debeat, et dimidium fisci, vel civitatis.

COMMENTARIUS.

1 (*Thesauros*) Thesarus Græcis et Latinis idem est, quod Persis *Gaza*, nimirum quælibet divitiæ, quas in usum futurum asservamus aut recondimus. Nam et pecunia nuper deposita, et cujus dominus non ignoratur, passim thesaurus appellatur etiam apud nostros, ut in *l.* 22. *famil. ercisc. l.* 15. *ad exhib.* ac de tali quoque thesauro accipienda *l.* 3. §. 3. *de acquir. poss.* ut recte existimat Gothofredus. Locus quoque, in quo opes asservantur, thesaurus appellatur, Plutarch. in *Solon.* Hinc per translationem Cic. 1. *de orat. cap.* 5. memoriam dicit esse rerum omnium thesaurum.

2 Cæterum in quæstione de acquirendo rerum dominio, cum agitur de thesauro occupatione acquirendo, JCti thesaurum appellant eam duntaxat pecuniam, quæ olim condita, nunc cum reperitur, à quo condita, aut cujus sit, ignoratur, *l.* 31. §. 1. *hoc tit. l. un. C. de thesaur. lib.* 10. Convenienter nimirum argumento, quod tractant: cum non alius thesaurus sit idoneus, qui hoc modo acquiratur, quam qui dominum non habeat: nec repugnat communis et popularis loquendi consuetudo. Igitur in quæstione proposita thesaurus, definitore Paulo in *d. l.* 31. est: *Vetus quædam depositio pecuniæ, cujus non extat memoria, ut jam dominum non habeat.* Atque hinc jam etiam liquet, thesaurum quoque pertinere ad regulam juris gentium de rebus nullius: quanquam non per omnia in thesauro occupanda et nostro faciendo idem servatur, quod in cæteris rebus, quæ nullius sunt. Nam cæteræ hujus generis res quovis loco occupatæ, totæ fiunt occupantis: thesaurus autem extra locum proprium repertus pro parte tantum dimidia. Sed et res cæteræ, quæ nullius sunt, fiunt occupantis, etiamsi data opera quæsitæ sint in alieno: thesaurus in alieno quæsitus nullo modo. Quod quamobrem tam varie placitum, intelligetur non ita multo post.

3 (*Quos quis in loco suo invenerit*). Thesauros quos quis invenit in loco suo, in totum suos facit, sive data opera quæsitos, sive forte fortuna: tantum magicæ artes ad thesaurum in suo inveniendum prohibentur, quas et ubique excipi oportet, *d. l. un. C. de thes.* Ait *in loco suo.* Proprium locum accipere debemus etiam eum, in quo alius usumfructum habet, arg. *pr. infr. de hær. inst.* Proinde si in eo loco proprietarius invenerit thesaurum, in

suo invenisse intelligi debet, et totum sibi quæsisse. Si alius, pars dimidia inventoris, pars altera proprietarii erit. Idemque dicendum est, si usufructuarius invenerit: quoniam thesaurus in fructu non computatur, *l.* 63. §. 3. *hoc tit.* Unde etiam est, quod thesaurus à marito in prædio dotali inventus, pro parte dimidia tantum mariti lucro cedat, pro altera dimidia sit restituendus, quasi in alieno inventus, *l.* 7. §. 12. *sol matr.*

4 (*Hadrianus naturalem æquitatem secutus*). Hoc est, secutus regulam juris naturæ sive gentium de rebus, quæ nullius sunt, occupanti concedendis, §. 12. *sup. eod.* Nimirum cum etiam thesaurus numeretur inter ea, quæ nullius sunt, æquum esse censuit Hadrianus, etiam in thesauro occupato regulam istam servari, et quidem per omnia, si quis invenisset amico Hercule in suo: quippe qui et alia ratione ita repertum vindicare posse videatur, vel tanquam beneficium et commodum rei suæ, vel quod simile vero sit, eum à majoribus suis conditum esse; hæc enim ratio facit, ut in alieno reperti dimidium concedatur domino soli.

5 (*Idemque statuit, si quis in sacro, aut religioso*). Quod hic Hadrianum constituisse, refert Justinianus, id à fratribus Principibus civili ratione mutatum esse, existimant Accurs. *hic*, Duar. *de acq. rerum dom. cap.* 4. Don. 4. *comm.* 14. Sic enim scribit. Callist. *l.* 3. §. *pen. de jur. fisc. Si in locis fiscalibus, vel publicis, religiosisve, aut monumentis thesauri reperti fuerint, Divi Fratres constituerunt, ut dimidia pars fisco vindicaretur.* Arbitror, commoda explicatione *dict. l.* 3. §. *pen.* cum *hoc* nostro §. conciliari posse. Constituit Hadrianus, thesaurum ejus esse, qui eum invenisset in loco suo; addidit idem esse, etiamsi in loco sacro aut religioso repertus sit; nimirum ejus itidem esse, cujus est fundus, in quo loca ista sunt, perinde quasi in suo adhuc reperisset. Nam etsi loca sacra et religiosa nullius vere in bonis sint; ejus tamen aliquatenus sunt, cujus in usu et fundo sunt, et quodammodo juris privati, arg. *l.* 5. et *seq. de relig.* *l.* 9. §. 1. *ad Jul. pec. l.* 24. *de contr. empt.* ¿Quid igitur Divi Fratres in *d. l.* 3. §. *pen. de jur. fisci*? Constituerunt, inquit Callistratus, ut thesauri in locis fiscalibus, vel publicis, religiosisve, aut monumentis reperti, pro parte dimidia fisco vindicarentur. Titulus ipse et rerum conjunctio ostendunt, loqui Impp. de locis religiosis similibus publicis, in quibus scilicet fiscus jus habet, aut qui fisci quodammodo sunt, puta quod ad fiscum forte pervenerunt, juxta *l.* 6. *eod. tit.* vel quæ publice civium funeribus destinata sunt, cujusmodi tenuiorum tumulos in suburbanis fuisse, auctor est Aggen. Urbicus. In his locis eodem jure uti fiscum volunt, quo utitur in rebus publicis juris profani, aut quo utuntur privati in loco suo, sive profano sive religioso.

6 (*Fortuito casu*). Thesaurus,



quem inveni in loco meo, sive fortuitum, sive quæsitum, meus est; sin ille locus meus sacer est vel religiosus, non alias meus erit, quam si fortunæ quasi munere mihi oblatus fuerit, nullo adhibito perscrutandi studio; quod proculdubio ideo placuit, ne detur occasio violandorum sepulchrorum, et aperiendi urnas defunctorum.

7 (*At si quis in alieno*). Cæteræ res, quæ nullius sunt, occupantium fiunt, etiam si data opera in alieno quæsita sint, ut de feris bestiis in fundo alieno investigatis et captis diximus; thesaurus in alieno quæsitus et inventus ne pro parte quidem fit inventoris, sed totus domino reddi jubetur, *d. l. un. de thes.* Ratio diversi juris hæc est: quod qui feram in alieno capit, aut rem puta pro derelicto habitam tollit, nihil fundo aut fundi domino nocet; ad thesaurum vero perveniri non potest sine effossionibus et manifesto damno fundi, in cujus visceribus thesaurus abditus jacet. Aliena autem effodere sine permissu domini, inque iis latentes rimari opes, merito vetitum, et pœna, non præmio dignum, *d. l. un.*

8 (*Dimidium domino soli*). Thesaurus in alieno loco casu inventus, dum quis arat, aut quid aliud in eo operis facit, pro dimidio inventoris fit, pars altera conceditur domino soli, *l. 63. §. pen. et ult. hoc tit. d. l. unic. C. de thes.* ¿Cur vero inquis, non totus cedit inventori, sicuti cæteræ ejusdem generis res occupantis totæ fiunt loco quocunque occupatæ, ut feræ bestiæ, res pro derelictis habitæ, gemmæ et lapilli inventi in litoribus? Nimirum quia illæ veræ nullius sunt: thesaurus non est; quippe quem nemo eo ánimo abscondit, ut eum in numero rerum suarum esse nolit, sed ut tutiori loco custodiat; tantum ideo nullius esse dicitur, quia cujus sit non apparet: nam etsi dominum per rerum naturam habeat, hæredem scilicet ejus, qui eum defodit, quamvis per longissimam successionem primo domino succedentem; apud nos tamen non habet, quia à nobis dominus ignoratur: ob quam incertitudinem itum est ad hanc partitionem, ut pars una inventori, pars altera domino loci adjudicaretur. Tametsi enim pro inventore dici poterat, thesaurum, ut rem nullius, totum ei, qui invenit, tribui oportere, propterea quod de his, quæ non apparent, perinde judicandum sit, quasi non essent, *l. 77. de contr. empt.* dominum tamen loci, et sua et par ratio defendit, qui contra sibi thesaurum vindicans dicere potest, nihil esse verisimilius, quam quod à majoribus suis profectus sit: in proprio enim, quia tutius, non in alieno thesauros condi.

9 "In Hispania jus hucusque relatum de inventione thesauri probatum apparet in *l. 45. tit. 28. P. 3.* Cæterum jure recentiori, quod extat in *l. 3. tit. 22 lib. 10. Nov. Recop.* omnes thesauri Regis sunt; eorum tamen pars quarta inventori seu delatori tribuitur pro præmio. Licet

»enim *d. l.* 1. duntaxat videatur »loqui de thesauris inventis in lo- »cis ad Regem pertinentibus; ta- »men generali consuetudine in- »tellecta est de omnibus thesau- »ris ubicunque inventis. Vide »Joann. Gutierr. late et docte »examinantem hanc legem *lib.* 4. »*pract. quæst.* 36. *à n.* 51. *et* »D. Covarr- in *cap. Peccatum de* »*reg. jur. in* 6. *part.* 3. §. 2. *n.* 4. »ubi et justitiam hujus juris pro- »bant. In Germania, Gallia, An- »glia, et alibi, etiam regio fisco »applicantur thesauri, teste Grot. »2. *de jure bell. cap.* 8. *n.* 7.

10 »Animadvertere *hic* lubet, »ad Regem quoque pertinere o- »mnes fodinas auri, argenti, et »cujuslibet alterius metalli, uti »etiam salis, *l.* 1. *tit.* 18. *l.* 9. »*Nov. Recop.* quæ late de eis lo- »quuntur, et quænam pars, pro »circumstantiarum varietate, in- »ventori tribuenda sit, docent."

TEXTUS.

De traditione.

40 *Per traditionem quoque jure naturali res nobis acquiruntur: nihil enim tam conveniens est naturali æquitati, quam voluntatem domini volentis rem suam in alium transferre, ratam haberi; et ideo cujuscunque generis sit corporalis res, tradi potest, et à domino tradita alienatur. Itaque stipendiaria quoque et tributaria prædia eodem modo alienantur. Vocantur autem stipendiaria et tributaria prædia, quæ in provinciis sunt: inter quæ, necnon et Italica prædia ex nostra constitutione nulla est differentia: sed siquidem ex causa donationis, aut dotis, aut qualibet alia ex causa tradantur, sine dubio transferuntur* (1).

COMMENTARIUS.

1 Hæc quoque acquisitionis species ad generalem occupationem referri debet: nam cum traditione rem acquiri dicimus, non intelligimus solum factum tradentis, sed ex effectu magis etiam rei traditæ acceptionem atque apprehensionem: quippe sine qua traditio non perficitur, hoc est, dominium non transfertur aut acquiritur, *l.* 55. *de obl. et act.* Differt autem hic modus acquirendi à superioribus ejusdem generis, quod earum rerum, quæ nullius sunt, acquirendarum ratio, præter apprehensionem nihil desiderat, quia occupantur sine cujusquam injuria; quæ ex hostibus capiuntur, invitis dominis ad nos transeunt jure belli: in specie autem proposita non satis est, nanciscendi dominii causa rem apprehendisse, nisi et voluntate domini in hoc tradita sit; quod omnino hic exigit ratio juris gentium, *d. l.* 55. *l.* 11. *de div. reg. jur.*

2 Et quia nemo eo animo est, ut velit rem suam in alium tranferre sine causa, inde est, quod cum in cæteris omnibus juris gentium

(1) *L.* 46. *tit.* 28. *P.* 3.

acquisitionibus modus acquirendi idem sit et causa sive titulus (verbi causa occupatio feræ bestiæ est et modus acquirendi et titulus), ea in hac specie perpetuo distinguantur. Modus acquirendi est traditio, vel potius rei traditæ acceptio et apprehensio: titulus, vel uti emptio, permutatio, donatio cæteræque causæ, ex quibus re à domino tradita dominium in accipientem transit, si vero à non domino tradatur jus usucapiendi, *l. 31. hoc tit. l. 1. et seqq. de publ. in rem act.*

3 (*Per traditionem*). Traditio est vel vera, et in re mobili est: *De manu in manum translatio*: in re soli: *In possessionem inductio*: vel ficta: *Quæ commoditatis causa fit vel brevi manu, vel actu aliquo corporis, aut nota sive symbolo, quod veram traditionem repræsentet.* Non minus vero ficta et symbolica traditione dominium in accipientem transit, quam vera et naturali, §. 43. et *seq. infr. eod.* (1). At citra ullam traditionem nudis et solis pactis dominium non transfertur, etiamsi id agatur in negotio gerendo, ut transeat: verbi causa, placuit inter nos, ut mea res esset tua; licet id placuerit ex justa causa, puta quia eam tibi vendidi, non ante tamen tua erit, quam à me tibi tradita sit, atque hinc famosa regula *Traditionibus, non nudis pactis dominia rerum transferuntur*, quam habemus in *l. 20. C. de pact.* (2). ¿Cur vero ad dominium transferendum non placet sufficere nudam convenientium voluntatem? Nimirum quia nemo ex ratione juris gentium facto suo rem (sive ea nullius sit sive alterius) acquirit, nisi cujus potestati et manui subjecta sit: quod ita quisque consequitur, si eam apprehenderit, si possessionem ejus nanciscatur, arg. *l. 1. de acq. pos.* Non aliter autem possessio rei alienæ apprehendi, et per eam potestati nostræ res subjici potest, quam si dominus eam tradiderit, in cujus tandiu potestate est et manet. Illud meminisse oportet, disputare nos de acquirendo rerum dominio jure gentium: nam quin jure civili multis ex causis sine possessione acquiratur, veluti aditione hæreditatis, agnitione bonorum possessionis, legati, fideicommissi, dubium non est: Hein. *in recit. hoc tit. n.* 327. inscite numerat acquisitionem rerum hæreditariarum inter modos naturales acquirendi. Utilitatis quoque causa jure singulari in quibusdam causis receptum, ut cui possessio non acquiritur aut acquiri non potest deficiente animo, ei simplici apprehensione acquiratur dominium, eo qui tradit amittente possessionem, vide *l. lib. 19. hoc tit.* junct. *l. peregre* 44. §. 1. *de adq. poss. l. 13. de donat.* ad Homan. *illust. quæst.* 11.

4 (*Voluntatem domini*). Ait ratam haberi voluntatem domini. Est enim suæ quisque rei moderator et arbiter, *l. 21. C. mand.* Cæ-

(1) *L. 6.* cum *seqq. tit.* 30. *P.* 3. junct. *l.* 47. *tit.* 28. *d. P.* 3.

(2) *L. 51. tit. 5. P. 5.*

terum, ut quis velle rem suam transferre intelligatur, duo hæc concurrere debent: ut sciat rem suam esse, quam transferre cogitat; ut justam causam habeat, cur velit, puta quia vendidit, dare promissit, &c. Illud quia nemo, qui errans in dominio rei suæ, suam esse ignorans, eam pro aliena tradit, hoc animo est, ut eam transferat, *l.* 35. *hoc tit.* Ajo, *in dominio rei suæ:* nam si quis non erret in re sua, non in ea, de qua transferenda agitur, sed in re alia, puta in causa debendi; hic error alienationi non obstat: et ideo indebiti per errorem soluti nulla vindicatio est. Hoc, quia nemo rem suam alicui tradit transferendi gratia, nisi causam habeat, cur id faciat. Hinc illud Pauli: *Nunquam nuda traditio transfert dominium, sed ita si venditio, aut alia justa causa præcesserit, propter quam traditio secuta sit,* *l.* 31. *hoc tit.* Nec dicat quisquam id requiri superflue, cum si nulla causa adsit, præsumi debeat donatio, arg. *l.* 47. *de oper. lib.* Quoniam hoc tunc solum locum habet, cum res consulto data est, *l.* 53. *de div. reg. jur.* Illud non refert, an revera præcesserit causa, an opinione tradentis, ut patet in solutione indebiti.

5 Sed quæstionis est, si ego ex una causa tibi tradam, tu ex alia accipias; an hæc in causis tradendi et accipiendi dissensio impediat dominii translationem. Et siquidem in tradente nulla sit causa dominii transferendi, vel in capiente nulla nanciscendi; ut si ego deponam apud te pecuniam, tu quasi mutuam aut donatam accipias, aut è converso, si ego tibi dem pecuniam quasi mutuam, tu quasi commodatam accipias ostentandi causa, certum est, dominium non transferri, *l.* 18. §. 1. *de reb. cred.* Non enim hic concurrit affectus ex utraque parte contrahentium, quem ad translationem dominii requirimus, *l.* 55. *de obl. et act.* At si utrinque subesse existimetur causa idonea, ex qua dominium transferatur, veluti si tibi dem fundum tanquam à me debitum ex testamento, tu quasi ex stipulatu debitum accipias; vel si ego tibi tradam pecuniam donandi animo, tu accipias quasi creditam, seu mutuam hic, quia ex utraque causa id pariter agitur, ut dominium transferatur, puto traditionem efficacem esse: idque et Julianus generaliter probat, *l.* 36. *hoc tit.*

6 Videtur autem à Juliano dissentire Ulpianus in specie posteriore, cum pecuniam tibi dedi quasi donaturus, tu quasi mutuam accipis, *d. l.* 18. *pr. de reb. cred.* Primum negat hic esse donationem, sed hoc etiam ex sententia Juliani. Deinde ait, nec mutuam esse. Nec hoc quidem negaverit Julianus, quia mutuo data non est. Sed quod addit postea: *Magisque nummos accipientis non fieri*; in eo dixeris eum dissentire à Juliano, qui generaliter definit, dissensum in causis transferendi non obstare translationi, cum in corpus, quod traditur, consentimus; et hanc regulam etiam eodem exemplo declarat, *d. l.* 36. quod proponitur

ab Ulpiano *d. l.* 18. Connan. 3. *comm.* 7. et Don. 4. *comm.* 18. et ad *d. l.* 18. *de reb. cred.* ajunt, verba hæc Ulp. *Magisque nummos accipientis non fieri*, duplicem posse pati interpretationem: posse sic accipi, ut nummi omnino non fiat accipientis: posse etiam sic, ut non fiant perfecte, non irrevocabiliter, ex comparatione acquisitionis scilicet rei donatæ, arg. *l.* 71. *de verb. sign. l.* 38. §. 3. *de solut.* fiant tamen eo effectu, ut etiamsi adhuc extent, vindicari nequeant; consumpti, nec efficaciter condici. Atque hoc posteriore modo verba Ulpiani accipienda esse propter generalem Juliani definitionem. Et videtur aliquo modo suadere hanc interpretationem etiam ratio ab Ulpiano subjecta: *Cum alia opinione acceperit*; quippe qui donatum sibi, tanquam mutuum accipit, non eo animo est, ut dominus non fiat, sed ut non fiat simpliciter, et sine obligatione restituendi tantundem, tanquam ex causa donationis. Aliam hujus pugnæ sedandæ rationem tradit Averan. *lib.* 1. *interpret. jur. cap.* 17.

7 (*Cujuscunque generis sit corporalis res tradita, alienatur*). Modo ne talis, cujus alienatio prohibita, ut fundus dotalis: aut ne causa ex qua traditur jure improbata, ut donatio inter virum et uxorem. Ait autem *cujuscunque generis sit*, ut significet, non solas nunc res nec mancipi, ut olim, simplici traditione et nudo naturali actu, pleno jure transferri: sed etiam res mancipi, cujusmodi erant prædia et prædiorum jura in Italico solo, servi et quadrupedes quæ dorso collove domantur, et olim non abalienabantur ex jure Quiritium sine actu civili, sine nexus aut cessionis in jure solemnitate. Vid. Ulpian. *tit.* 19. *in fragm.* Ræward. ad *l. XII. Tab. cap.* 16.

8 (*Ait corporalis res*). Nam res incorporales proprie traditionem non recipiunt, *l.* 3. §. *si iter* 2. *de act. empt. l.* 43. §. 1. *hoc tit.* uti nec possessionem, *l.* 4. §. 27. *de usurp. et usuc.* Sed est in his, quod vice traditionis fungatur, patientia domini, et vice aprehensionis possessionisque est usus illius, cui dominus hujusmodi jus quæsitum vult, *l. ult. de servit. l.* 3. *in pr. de usuf.* (1).

9 (*Tradita alienatur*). Non minus videlicet pleno jure, quam si mancipata aut in jure cessa esset, sublato antiquo discrimine dominii, *l. unic. C. de nud. jur. Quir. toll.* Etenim duo antiquitus fuere dominiorum genera: naturale unum, quod in bonis; alterum civile sive legitimum, quod ex jure Quiritium appellabatur, et vel nudum erat vel plenum. Si verbi causa civis Romanus à cive Romano servum emisset, isque ei traditus esset, neque tamen mancipatus aut cessus in jure, annove ab eo possessus, is servus in bonis quidem emptoris erat; ex jure vero Quiritium non erat, sed eo jure manebat venditoris,

(1) *L.* 1. *tit.* 30. *P.* 3.

quandiu mancipatus, in jure cessus aut usucaptus non esset. Jus hoc Quiritium sibi asserebat, qui vindicabat hac vulgata formula: *Hunc ego hominem ex jure Quiritium meum esse ajo*, *l.* 1. *de rei vindic.* Vide Theophil. *tit. de libert.* Ulpian. *d. tit.* 19. Brisson. 4. *antiq.* 22. Ræward. *d. cap.* 16. Erat autem ejus, qui in bonis habebat, causa potior, quam domini ex jure Quiritium: nam si servus alterius in bonis, alterius ex jure Quiritium esset, ex omnibus caussis acquirebat ei, cujus in bonis erat, Ulp. *d. tit.* 19. §. *pen.* Qua de causa Justinianus nudum hoc et inane Quiritium jus sustulit, *d. l. unic. C. de nud. jur. Quirit. toll.*

10 (*Stipendiaria quoque et tributaria prædia eodem modo alienantur*). Id est, plenum eorum dominium transfertur: quod olim fieri non poterat, per ea quæ dicimus *inf. in pr. de usucap.* vers. *Immobilis*: nunc potest post exæquationem juris prædiorum provincialium et Italicorum à Justiniano factam, *l. un. C. de usucap. transf.* Qui de his plura desideret, adeat Petrum Burmannum qui de *vectigalibus pop. Rom.* scripsit ex professo.

TEXTUS.

Limitatio.

41 *Venditæ vero res et traditæ non aliter emptori acquiruntur, quam si is venditori pretium solverit, vel alio modo ei satisfecerit; veluti expromissore, aut pignore dato: quod quanquam cavetur lege XII. Tabularum, tamen recte dicitur et jure gentium, id est, jure naturali id effici. Sed si is, qui vendidit, fidem emptoris secutus fuerit, dicendum est, statim rem emptori fieri* (1).

COMMENTARIUS.

1 Quod *hic* traditur, proprium est emptionis. Ex alia causa si quis rem suam sciens tradiderit, statim eam facit accipientis, neque amplius quicquam ad translationem dominii requirimus: in emptione vero et tertium exigitur, ut pretium solutum sit, aut necessitas ejus solvendi in præsentia remissa. ¿Cur vero tam varie? Nimirum quia in cæteris, qui rem suam scientes ex juxta causa tradunt, veluti ex causa donationis, dotis, legati &c. voluntas transferendi manifesta est; in venditore non est, si nihil amplius de voluntate ejus constet: quippe qui ex communi hominum sensu hac lege et conditione potius rem, quam vendidit et tradidit, transferre voluisse censeri debeat: *Si pecunia sibi soluta sit* (hanc enim spectat, et protinus sibi numerari velle videtur, qui rem vendit), quam animum habuisse rem suam pure et simpliciter in emptorem transferendi. Constat autem, ejus quod sub conditione datur aut traditur, dominium in accipientem non sta-

(1) *L.* 46. *tit.* 28. *P.* 3.

tim transire, *l.* 8. *de reb. cred.*

2 (*Vel alio modo ei satisfecerit*). Traditur hoc idem *l.* 19. *de contr. empt.* Satisfaciendi verbum generalius est, quam solvendi. Qui solvit, utique et satisfacit: at non omnis satisfactio solutio est. Satisfacit et qui non liberatur, veluti si quis fidejussorem vel pignora det: solutione vero obligatio tollitur. Ait, *ei satisfecerit*, nimirum venditori volenti, et fidejussorem vel pignus loco solutionis accipienti: neque enim cogitur creditor admittere satisfactionem vice solutionis, *l.* 6. §. 1. *quib. mod. pign. l.* 10. *de pign. act.* non magis quam solutionem alterius rei, quam quæ debetur, *l.* 2. §. 1. *de reb. cred. l.* 16. *et seq. C. de solut.*

3 (*Expromissore*). Hoc nomine etiam fidejussor *hic* intelligi videtur, ut in *l.* 4. §. 3. *de rei judic.* Certum enim est, tam fidejussore, quam expromissore dato, rem emptoris fieri, *l.* 53. *de contr. emption.* Enimvero cum proprie loquuntur Jurisconsulti, fidejussorem, quem alio nomine adpromissorem vocant, separant ab ex promissore: de quo *infr. in pr. de fidejus.*

4 (*Quanquam cavetur lege XII. Tab.*). Pleraque, quæ lege XII. Tabularum cauta sunt, rationem civilem habent, formulasque et solemnia spectant, ut liquet ex fragmentis, quæ à viris doctis collecta in manibus studiosorum versantur: non tamen omnia. Nam quod placet, rem venditam non aliter emptoris fieri, quam si pretium venditori solutum sit, aut satis eo nomine factum, id jure et ratione naturali, ea, quam dixi, efficitur: et tamen id ipsum quoque lege XII. Tab. cautum. Non recte igitur sic collegeris: id cautum est lege civili: ergo est juris mere positivi; aut, ergo id non efficitur jure gentium sive naturali.

5 (*Fidem emptoris secutus fuerit*). Id est, fidem emptori de pretio habuerit sine ulla satisfactione, *d. l.* 19. *de contr. empt.* quod ex circumstantiis æstimandum, veluti si dies solutioni dicta sit, *l.* 3. *C. de pact. int. empt. et vend.* aut si, cum emptor pecuniam ad manum non habuerit, venditor dixerit: *I, licet: nunc non requiro: postea dabis.* Plane si nulla mentio facta sit de pretio postea solvendo ex eo solo, quod venditor rem tradidit, censeri non debet fidem emptori habuisse, ut *hic locus* et *d. l.* 19. apertissime ostendunt.

TEXTUS.

Ampliatio.

42 *Nihil autem interest, utrum ipse dominus tradat alicui rem suam, an voluntate ejus alius, cui ejus rei possessio permissa sit* (1). *Qua ratione si cui libera universorum negotiorum administratio permissa fuerit à domino, isque ex his negotiis*

(1) *D. l.* 46. *tit.* 28. *P.* 3.

rem vendiderit et tradiderit; faciet eam accipientis.

COMMENTARIUS.

1 Cum ad dominium traditione transferendum necesse sit, ut dictum est, ut res tradatur à domino, hoc nunc ex Cajo, *l.* 9. §. 4. *hoc tit.* declarat Imp. atque sic esse accipiendum ait, ut nihil intersit, utrum dominus ipse per se rem alicui tradat, an alius voluntate ejus: quippe quod quis per alium facit, dum ei mandat aut jubet ut faciat, id ipse facere videtur, *l.* 5. §. 3. *de adm. tut. l.* 1. §. 12. *de vi, et de vi arm.*

2 (*Cui ejus rei possessio permissa sit*). Hotom. restituit: *Cui ejus rei potestas permissa sit*; quod quidem sensum habet commodiorem: sed tota hæc adjectio abest à Cajo et Paraphraste Græco. Unde suspicor, glossema esse, quod in *textum* reptavit: ob eamque causam etiam à Cujacio *hic* omissum.

3 (*Si cui libera universorum negotiorum*). Si nominatim alicui mandatum sit, ut rem tradat, nemo ambigit, quin si mandato perseverante id faciat, dominium ejus rei transferatur in accipientem, *l.* 11. §. *ult. de pign. act.* nec ulla hic exceptio est, quoniam in speciali mandato non potest dubitari de voluntate domini.

4 An autem et mandati generalis hæc vis sit, ut procurator, cui universorum negotiorum administratio permissa est, possit rem ad administrationem suam pertinentem sine exceptione alienare aut in alium transferre, quæri solet. DD. comm. duo genera ejusmodi procuratorum faciunt: unum eorum, quibus simpliciter rerum omnium administratio commissa est; alterum quibus commissa est libera, nominatim scil. hoc adjecto: et procuratorem *cum libera* (sic loquuntur) etiam jus rem alienandi habere contendunt, modo ne id fiat animo donandi; eum autem, cui simpliciter administratio mandata est, nihil alienare posse præter fructus aut res alias, quæ facile corrumpi possunt. Verum hæc distinctio, ut commentitia et veteribus incognita, à Duar. ad *l.* 1. §. *per procuratorem* 20. *de adq. pos.* Dom. 4. *comment.* 15. et aliis nonnullis doctis viris rejicitur.

5 Et vero si ex mandato æstimandum, quid cuique liceat in re aliena, dicendum omnino videtur, parem esse debere horum procuratorum potestatem; nec quod alteri non licet, id alteri in re dominica licere. ¿Quid enim interest, simpliciter alicui bonorum universorum administratio mandata sit, an mandata adjecto verbo, *libera*? Non magis hæc differunt, quam hæres simpliciter institutus, et institutus ex asse. Administratio quantumvis simpliciter tradita, nihilominus libera tradita intelligitur: quippe quam libere exercere liceat in rebus omnibus, nec minus libere, quam si specialiter de singulis mandatum esset, excepto si quid generali cujusmodicunque mandato non continetur: qualia sunt do-

natio, *l. 7. de donat.* manumissio, *l. 13. de manumiss.* rei dominicæ pro alio obligatio, *l. 1. §. 1. quæ res pign. dat.* liberatio pignoris aut hypothecæ, *l. 7. §. 1. quib. modis pign. vel hypoth.* quævis alia juris dominici remissio, *l. 60. de procur.* alienatio quoque rerum domini, quam non exigit ratio administrationis, *l. 63. de procurat.* junct. *l. 12. et ult. de cur. fur. l. 16. C. de procur. l. 1. §. 1. de offic. proc. Cæs.*

TEXTUS.

De traditione ficta brevis manus.

43 *Interdum etiam sine traditione nuda voluntas domini sufficit ad rem transferendam: veluti si rem, quam tibi aliquis commodaverit, aut locaverit, aut apud te deposuerit, postea aut vendiderit tibi, aut donaverit, aut dotis nomine dederit. Quamvis enim ex ea causa tibi eam non tradiderit; eo tamen ipso, quod patitur tuam esse, statim tibi acquiritur proprietas, perinde ac si eo nomine tibi tradita fuisset* (1).

COMMENTARIUS.

1 Dictum est in explicatione §. 40. *supra eod.* dominia rerum transferri non nudis pactis, sed traditione. Nihil autem interesse, an vere traditio fiat et naturaliter; an ficte et per repræsentationem. Fictæ traditionis usus in rebus incorporalibus necessarius est, utpote quæ naturâ traditionem non recipiunt, *l. 43. §. 1. hoc tit.* pro traditione autem in his est utendi concessio, *l. ult. de servit. l. 3. de usufr.* (2); in aliis rebus propter commoditatem recepta, quo expeditior esset ratio commerciorum. Et in his rebus fingitur traditio intervenire, si ea vel nota sive symbolo, aut alia re quapiam repræsentetur, vel res geratur brevi manu. De ea, quæ symbolo fit, dicetur §. *proximo.* Fictione brevis manus traditio fit: *Cum celeritatis seu commoditatis gratia fingitur, veram traditionem iterato fieri*: ut cum vel rem meam, quæ apud te sit, ex alia causa tibi vendo aut dono, ad quam speciem pertinent exempla *hoc* §. proposita ex Cajo *l. 9. §. 5. eod.* vel cum eum, qui mihi dare volebat, aut debebat, jussero tibi dare, *l. 3. §. pen. et ult. de don. inter vir. et uxor.* In 1. casu fingitur, rem tradi mihi à te, et iterum tibi à me: in 2. rem mihi tradi à debitore, et à me tibi.

2 Eadem fictio intervenit et in iis, quæ singulariter circa pecuniam creditam recepta esse, scribit Ulp. *l. 15. de reb. cred.* sive res geratur inter tres personas, veluti si Titium pecuniam, quam mihi debebat, jusserim Sejo mutuo dare: sive inter duas, puta si convenerit, ut pecuniam, quam tu mihi ex mandati causa

(1) *L. 47. tit. 28. P. 3.*
(2) *L. 1. tit. 30. d. P. 3. vers.* Ca las cosas.

debes, crediti nomine retineas; in utraque enim hac specie fingitur mihi data pecunia, et à me ad te, aut ad Sejum profecta; quanquam Africanus stricti juris retinentior fictionem istam non videtur admittere in specie posteriore, vide *l.* 34. *mand.* ejusque interpretem Cujac. 8. *ad African.* Sunt tamen, qui putant, absentiam debitoris impedire fictionem brevis manus, quasi factum fingi non possit jure, nisi et per rerum naturam fieri potuerit, per *l.* 43. §. 2. *de furt.* et ideo Ulpiani sententiam admittendam censent, si debitor præsens sit, et paratus pecuniam numerare: Africani, in debitore absente, aut qui pecuniam ad manum non habeat: quippe diserte Africanum loqui de eo, qui epistolam misit ad creditorem, ac proinde de eo, qui absit, D. Don. in *d. l.* 15. *de reb. cred. num.* 22. *et seqq.*

3 (*Nuda voluntas*). Ex comparatione ejus rei, cui *hoc loco* opponitur, id est, nuda à vera et naturali traditione, quæ causam tranferendi sequatur. Nam si nuda sit ab omni non tantum reali, sed etiam ficta et symbolica traditione, sola voluntas dominium transferre non potest. Eodem sensu quarumdam rerum possessio animo apprehendi dicitur, *l. antep. de adq. poss.* nimirum oppositive ad actualem et naturalem apprehensionem.

4 " In Hispania absentia "non impedit hanc fictionem, "*lex* 47. *titul.* 28. *Part.* 3.

TEXTUS.

De traditione clavium.

44 *Item si quis merces in horreo depositas vendiderit, simul atque claves horrei tradiderit emptori, transfert proprietatem mercium ad emptorem* (1).

COMMENTARIUS.

1 *Hoc* §. agitur de eo genere fictæ traditionis, quæ nota aliqua aut symbolo veram repræsentat, cujus una species proponitur, si mercibus certo loco conclusis, quas dominus mihi traditas velit, claves ejus loci mihi tradantur, *l.* 9. §. 6. *hoc tit.* Sunt autem hujus generis et aliæ species, veluti traditio instrumenti, quo tradito res ipsa, de qua alienanda in eo agitur, tradita et translata intelligitur, *l.* 1. *C. de don.* (2). Trabium et tignorum obsignatio pro eorum traditione valet, *l.* 14. §. 1. *de per et comm. rei vend.* Item custodis appositio, si res non facile loco moveri possint propter magnitudinem ponderis, *l. antep. de adq. poss.* Potest et sine nota actus aliquis traditionem repræsentare: nam si in re præsenti et aperta dominus eam se mihi tradere dicat; ego sim hoc animo, ut velim possidere; hic placuit, me possessionem nancisci oculis et affectu,

(1) *L.* 7. *tit.* 30. *P.* 3. junct. *l.* 47. *tit.* 28. *eod.*

(2) *L.* 8. *tit.* 30. *P.* 3. junct. *l.* 47. *tit.* 28. *P.* 3.

perindeque hoc haberi, ac si pedem finibus intulissem, corpore ac manu rem apprehendissem, *l.* 1. §. *pen. l.* 18. §. 2. *de adq. poss.* (1).

2 (*Simul atque claves horrei tradiderit*). Clavibus horrei aut cellæ traditis, etsi merces inclusæ (frumentum, vinum) oculis et sensibus non subjiciantur, earum tamen rerum possessio et dominium nobis acquiritur, haud secus ac si res ipsæ conditæ nobis traditæ essent, *d. l.* 9. §. 6. *l.* 74. *de contr. empt.* Cæterum hoc ita, si claves traditæ sint apud ipsum locum, in quo res conditæ sunt, *d. l.* 74. (2). Nam et symbolica traditio talis esse debet, ut per eam res potestati nostræ statim subjiciatur; quod non fit, si alibi claves tradantur.

TEXTUS.

De missilibus.

45 *Hoc amplius, interdum et in incertam personam collata voluntas domini transfert rei proprietatem: ut ecce, Prætores, et Consules, cum missilia jactant in vulgus, ignorant quid eorum quisque sit excepturus; et tamen quia volunt, quod quisque acceperit, ejus esse, statim eum dominum efficiunt* (3).

COMMENTARIUS.

1 Etsi regulariter in translatione dominii non minus persona accipientis quam tradentis certa esse debet, ut affectus ab utraque parte contrahentium concurrat, *l.* 55. *de oblig. et act.* evenit tamen interdum, ut dominium per traditionem transeat in personam accipientis incertam, veluti cnm missilia jactantur aut sparguntur in vulgus; quod exemplum *hoc loco* proponitur, et *l.* 9. §. *pen. eod.* etenim qui pecunias suas ita spargit aut projicit, in nullius certæ personæ destinationem fertur, et plane ignorat, quis quid earum rerum sit accepturus. Utique tamen quia palam est, velle eum, quod quisque ex sparso apprehenderit, id sibi habere; æquissimum est et naturali rationi consentaneum, ratam haberi domini voluntatem, arg. §. 40. *sup. eod.* Poterat videri quod ita sparsum est pro derelicto habitum, et ideo apprehendenti cedere jure occupationis rerum nullius. Sed magis est, ut ex voluntate domini traditum sibi accepisse dicamus: cum in eum finem pecunia sparsa sit, ut statim apprehenderetur, et quantum apprehensum esset, fieret apprehendentis, quo animo non est is, qui rem pro derelicto habet.

TEXTUS.

De habitis pro derelicto.

46 *Qua ratione verius esse videtur, si rem pro derelicto à domino habitam occupaverit quis,*

(1) *L. 6. d. tit.* 30. *P.* 3. junct. *d. l.* 47.

(2) *D. l.* 7. *tit.* 30. *P.* 3.

(3) *L.* 48. *tit.* 28. *P.* 3.

statim eum dominum effici. Pro derelicto autem habetur, quod dominus ea mente abjecerit, ut id in numero rerum suarum esse nolit; ideoque statim dominus ejus esse desinit (1).

COMMENTARIUS.

1 Res pro derelicto habita est: *Quam dominus ea mente abjicit, ut illam in numero rerum suarum esse nolit*: quæ statim nostra esse desinit, et nullius fit, ideoque secundùm jus de rebus nullius occupanti conceditur. Pertinet igitur hic modus acquirendi ad inventionem, ut supra quoque monuimus §. 18. *eod.* Ad traditionem referri non potest, ut specie superior: quia qui rem pro derelicto habet, quamvis intelligatur voluisse eam ejus fieri, qui primus eam sustulerit aut occupaverit, *l.* 5. §. 1. *pro derel.* non tamen eam ea mente abjicit aut deserit, nec laborat, ut alius eam accipiat, quod facit is, qui pecuniam spargit. Sparsio species donationis est, et liberalitas, qua qui spargit populum demereri studet: abjectione autem aut desertione hoc saltem agitur, ut ne res amplius in bonis sit.

2 (*Quod dominus ea mente abjecerit*). Duo exigit hæc definitio ut res pro derelicto habita censeatur: primum ut quis rem suam amplius suam esse nolit: tum ut quam non vult amplius suam esse, eam abjiciat aut deserat; alterutrum si desit, dominium non amittitur. Fac ergo, rem à domino abjici aut deseri, non ea tamen mente, ut eam à se amoveat, aut amplius suam esse nolit; nihil hic amittitur, §. *sequent.* Fac è converso, nolle amplius suam esse; nisi eam abjiciat, aut si immobilis est, ab ea discedat hoc animo, ut eam amplius habere nolit, dominus esse non desinit: in quo dominium differt à possessione, quæ solo animo amittitur, *l.* 17. §. 1. *de adquir. poss.*

3 (*Ideoque statim dominus esse desinit*). Res pro derelicto habita statim ut abjecta aut deserta est, nostra esse desinit, quia iisdem modis res desinunt esse nostræ, quibus nostræ fiunt, *l.* 1. *pro derel.* Unde recte à Juliano notatur Proculus, qui putabat dominium rei pro derelicto habitæ, tunc demum à nobis abire, cum ab alio occupata esset, *l.* 2. §. 3. *d. tit.* Sic enim fieret, ut si quis eam rem furandi animo abstulisset, furtum commisisse intelligeretur, quod est absurdum, *l.* 43. §. 5. *de furt.* Quod si dominus non sit, à quo res derelicta est, non fit statim occupantis, sed poterit, qui occupavit, eam usucapere, *l.* 4. *pro derel.* Illud constat, pro derelicto habita, ut cætera quæ nullius sunt, non acquiri ei, qui primus ea videre cœpit et notare oculis, sed qui primus possessionem eorum nactus sit. Sic Acanthos insula deserta adjudicata fuit Chalcidensibus, qui priores intraverant, non

(1) *L.* 49. *et. seq. tit.* 28. *P.* 3.

Andriis, qui priores jaculum immiserant, Plutarch. *quæst. Græcar.* 29. Quoniam possessionis initium est corporis ad corpus adjunctio: qualis circa res mobiles maxime fit manibus, circa res soli pedibus, Grot. *mar. lib. cap.* 2.

4 "Quod ad Hispaniam attinet, integra *hujus textus* doctrina probatur *ll.* 49. et *seq. tit.* 28. *P.* 3. ut in margine notavimus. Nec confundas ergo cum Davila *hic* res deperditas. quas *de mostrenco* nos dicimus, de quibus agitur in *l.* 2. *tit.* 22. *lib.* 10. *Nov. Recop.* cum rebus pro derelicto habitis: quandoquidem hæ, ut modo vidimus, illæ sunt quas dominus sponte dejicit ea mente, ut nolit eas in dominio suo habere, statimque illarum dominus esse desinit: quorum utrumque contra est in rebus *de mostrenco.* Unde istæ in *Dictionar. hispan. ling.* dicuntur res incerti dominii: propterea quod quisnam sit earum dominus, non appareat: atque idcirco non statim ipsarum dominium amittimus; sed lapsus 14. mensium spectandus (in pecoribus 60. dierum, *l.* 5. *tit.* 22.); in quo, ut earum inventio in domini notitiam venire queat, peragendæ diligentes inquisitiones præscriptæ in *l.* 4. *tit.* 22. quæ quam superfluæ forent in rebus pro derelicto habitis, nemo non videt."

TEXTUS.

De jactis in mare levandæ navis causa. Item de iis, quæ de rheda currente cadunt.

47 *Alia sane causa est earum rerum, quæ in tempestate levandæ navis causa ejiciuntur: hæ enim dominorum permanent: quia palam est, eas non eo animo ejici, quod quis habere eas nolit, sed quo magis cum ipsa navi maris periculum effugiat* (1). *Qua de causa, si quis eas fluctibus expulsas, vel etiam in ipso mari nactus lucrandi animo abstulerit, furtum committit. Nec longe videntur discedere ab his, quæ de rheda currente non intelligentibus dominis cadunt.*

COMMENTARIUS.

1 Ex iis quæ *præc.* §. dicta sunt, intelligi potuit, pro derelicto habendum non esse, quod dominus non ideo abjecit, quia amplius suum esse non vult, sed alia mente: ac proinde id ejus, qui abjecit, manere, nec fieri apprehendentis. In *hoc* §. declaratur exemplo rerum in tempestate lavandæ navis causa ejectarum.

2 (*Non eo animo ejici, quod quis eas habere nolit*). Qui oborta tempestate levandæ navis gratia res aliquas projiciunt, non hanc mentem habent, ut eas pro derelicto habeant: quippe si invenerint, ablaturos, et si suspicati

(1) *D. l.* 49. *tit.* 28. *P.* 3. *l.* 7. *tit.* 9. *P.* 5.

fuerint, in quem locum ejectæ sunt, requisituros: sed ut levata nave maris periculum effugiant. Perinde igitur hoc est, ac si quis onere pressus in viam rem abjecerit, mox cum aliis reversurus ut eam auferat, *l.* 8. *ad leg. Rhod.* quam ob causam res ita jactas dominorum permanere, recte *hic* concludit Justinianus cum Cajo in *l. 9. §. ult. hoc tit.* et Paulo *l. 2. in fin. ad leg. Rhod.* Cum his tamen Ulpianum committit Hotomanus, existimans, eum à cæteris omnibus dissensisse, ac putasse jactum fieri animo derelinquendi; aut saltem credendum esse, plerumque eo animo fieri, et quasi periturum sit, quod jactatur: sic enim scribit in *l.* 43. *§. pen. de furt.* Respondet Wesembecius, Ulpianum *eo loco* de jactu spontaneo loqui, de eo videlicet, qui simpliciter, nec urgente ulla necessitate res aliquas in mare projicit: hunc in hac actione mere voluntaria credibile esse pro derelicto velle habere id, quod videtur ut periturum jactare. Quam responsionem *locus ipse* non parum juvat: nam ex fine *d. §. penult.* manifestum est, Ulpianum distinxisse inter id, quod simpliciter et non simpliciter jactatum sit.

3 (*Cum ipsa navi maris periculum effugiat*). Mercator nunquam mercium suarum jacturam faceret, nisi speraret majus se malum hoc pacto declinaturum, mortem nimirum. Facit igitur hoc, ut hæc actio mixta sit ex spontaneo et invito. Invita est, si causam spectes, quæ extrinsecus impellit, ut jactura fiat: spontanea, si causam proximam et principium internum, consilium mortis evitandæ. Quin etiam plus voluntarii, quam inviti hujusmodi actiones habent: nisi enim voluntate consentiente fierent; in exequendo ministerium non præberent membra corporis. Consule Arist., 3. *Ethic.* 1.

4 (*Quæ de rheda currente cadunt*). Comparantur res in tempestate ejectæ, cum his, quæ iter facientibus decidunt de curru, aut quæ imprudentibus excidunt in via, quas certum est dominorum permanere, eumque, qui alienum quid jacens in via lucri faciendi causa tollit, furti obstringi, in tantum, ut nihil intersit, sciverit, an ignoraverit cujus essent: nihil enim ad furtum minuendum facit, quod cujus sit ignoret, *d. l.* 43. §. 4. quippe cum omnes scire debeant, quod suum non est, hoc ad alios modis omnibus pertinere, *l. ult. C. unde vi.* At si non ut lucretur sustulit, sed redditurus ei, cujus id esse postea apparuerit, furti non tenetur. Proinde si nescit cujus sit, recte probeque faciet, si libellum proponat continentem se invenisse, et redditurum ei, qui suum id esse demonstraverit; hoc enim facto palam ostendet, se non tullisse eam rem animo furandi, *d. l.* 43. §. 7. et *seq.* ¿Quid ergo, si post hujusmodi libellum propositum, aut (sicubi consuetudo) post insinuationem præconis voce factam, nemo sese offerat, qui rem inventam ut suam repetat? Poterit inventor, si pauper est, eam sibi ceu munere Dei collatam retinere: sin dives est, bene et pie fecerit,

si in usus et alimoniam pauperum eam convertat: ita Bart. ad *d. l.* 43. §. 4. Illud non ambigitur, posse, si res nondum reperta est, ejus perquirendæ nomine, et peti honeste indicium, et accipi, fac. *l.* 4. §. 4. *de cond. ob turp. ca.*

5 Hac eadem in causa sunt etiam bona naufragorum (1), et peculiaris etiam pœna in eos, qui quid eorum in litus expulsum surripuerunt, nova lege constituta est, publicatio omnium bonorum, *auth.* Navigia *C. de furt.* quæ desumpta est ex constitutionibus Friderici secundi *de stat. et consuetudinib. contra Ecclesiæ libertatem editis, tollendis, coll.* 10.

6 "In Hispania quomodo se
»gerere debeat qui naves naufra-
»gas, bona naufragorum, vel
»res in tempestate ejectas occu-
»pare intenderit, traditur in *l.* 1.
»*tit.* 8. *lib.* 9. *Nov. Recop.* pœnæ
»autem contra aliter facientes sta-
»tuuntur *l.* 11. *eod.*

TITULUS SECUNDUS.

DE REBUS CORPORALIBUS ET INCORPORALIBUS.

1 Quæ de acquirendo jure gentium dominio dicta sunt *titulo præcedenti*, ea pertinent duntaxat ad acquisitionem rerum corporalium. Sunt autem et res quædam incorporales, quæ et ipsæ in patrimonio sunt, et suis quoque modis, prout earum fert natura, tum jure gentium, tum civili singulis acquiruntur. Non est igitur principalis divisio, quæ *hoc titulo* proponitur, sed subdivisio quædam rerum privatarum, sive earum, quæ in bonis aut patrimonio sunt. Cajus hanc principali continenter subjecit in *l.* 1. §. 1. *de rer. divis.* unde *huc* transtulit Justinianus.

TEXTUS.

Secunda rerum divisio.

Quædam præterea res corporales sunt, quædam incorporales. Corporales hæ sunt, quæ sui natura tangi possunt; veluti fundus, homo, vestis, aurum, argentum, et denique aliæ res innumerabiles. Incorporales autem sunt, quæ tangi non possunt; qualia sunt ea, quæ in jure consistunt, sicut hæreditas, ususfructus, usus, et obligationes quoquo modo contractæ. Nec ad rem pertinet quod in hæreditate res corporales continentur: nam et fructus, qui ex fundo percipiuntur, corporales sunt; et id, quod ex aliqua

(1) *L.* 7. *tit.* 9. *P.* 5. *vers.* Esso mismo.

obligatione nobis debetur, plerumque corporale est, veluti fundus, homo, pecunia: nam ipsum jus hæreditatis, et ipsum jus utendi fruendi, et ipsum jus obligationis incorporale est. Eodem numero sunt et jura prædiorum urbanorum, et rusticorum, quæ etiam servitutes vocantur (1).

COMMENTARIUS.

1 (*Sui natura tangi possunt*). Hoc est, quæ sub tactum cadunt, quas si præsentes sint, corpore et manu apprehendere, cæterisque sensibus percipere possumus. Ait autem, hujusmodi res esse fundum, hominem etc. fundum puta Tusculanum; hominem Stichum; res, nimirum singulares et substantias primas. Nam secundæ substantiæ sive universalia à sensibus remota sunt, Arist. 1. *Analyt. cap.* 31. Utrum autem universalia sint merum opus intellectus et figmenta phantasiæ, an quid realem essentiam habens, et revera subsistens in rebus singulis, Philosophorum disputatio est.

2 (*Aurum, argentum*). Non tantum rude, sed etiam signatum, nummi aurei aut argentei, spectatur quidem in pecunia maxime valor publicus, *l. de cont. empt.* et respectu hujus valoris nummus nonnumqum opponitur iis rebus, in quibus præter corpus nihil consideratur, ut in *l.* 46. *de cond. ind.* Cæterum qui nummos et pecuniam negant aliud esse aut significare, quam valorem et quantitatem ipsius, illi vehementer falluntur. Utique enim et materialiter pecunia considerari potest, cum materia pecuniæ, argentum, aurum, fundamentum sit valoris; de quo belle et docte Salmasius *lib. de usur. pag.* 455. Et corpora etiam in pecunia cogitari posse, non quantitatem duntaxat, testis est Papin. *l.* 94. §. 1. *de solut.* Quin Justinianus *hoc ipso tit.* et Cajus *l.* 1. §. 1. *de divis. rer.* expresse pecuniam inter res corporales numerant. Denique ¿quid notius, quam nummos æque, ac cætera corpora vindicari posse? Quare si alicubi corpora opponuntur pecuniæ; non opponuntur ei ut non corpori, sed ut corpori æstimato.

3 (*Qualia sunt quæ in jure consistunt*). In jure consistere dicuntur quæ à jure quodammodo existentiam suam, hoc est, certam ac definitam formam acceperunt: quippe jus civile harum rerum naturam quasi pro arbitrio formare potest, cujusmodi potestatem in rebus corporalibus non habet. Atque hoc sensu accipiendum, quod Fab. et Ang. tradunt, ea dici in jure consistere: *Quæ à jure substantiantur, creantur, et nominantur.* Habent enim utique et veram suam essentiam, suntque omnino entia realia, sicut et quævis alia accidentia.

4 (*Sicut hæreditas*). Hæreditas universitatem bonorum significat, in quæ hæres succedit, et quia appellatione sua universim

(1) *L.* 1. *tit.* 30. *P.* 3.

bona omnia et jura defuncti, etiam quibus iste aliis tenebatur, comprehendit, hac consideratione non inepte jus dicitur, *l.* 119. *de verb. sign.* Unde Papinianus *l.* 50. *de hæred. pet. Hæreditas*, inquit, *etiam sine ullo corpore juris intellectum habet.* Obligatio quatenus à parte debitoris consideratur, jus non est, sed vinculum juris, quo ille adstringitur ad dandum aliquid aut faciendum, *infr. de oblig. in pr.* A parte autem creditoris, qui debitorem ita adstrictum habet, non male jus dicitur, quod ex contractu acquiratur, et numeretur in bonis. At enim jus illud non est jus in re, sed tantum ad rem, tribuens creditori actionem in personam duntaxat, non rei vindicationem, et ideo tractatio de obligationibus earumque acquirendarum modis, non est *hujus loci*, in quo Justiniano propositum est docere, quibus modis acquirantur jura in rem dominio non absimilia, sicut ipse aperte significat in §. *ult. de usu. et hab.* et de obligationibus demum tractare incipit *tit.* 14. *lib.* 3. In usu et usufructu, quatenus uterque ut jam constitutus et acquisitus consideratur, plus est: sunt enim hæc jura in re, quæ usuario et fructuario pariunt actionem confessoriam, quæ in rem est, §. 2. *inf. de act.* De horum constitutione et acquisitione agitur *tit.* 4. et 5. *hujus lib.*

5 (*Nam ipsum jus hæreditatis etc.*). Nemo est, qui non intelligat, usumfructum non esse idem, quod sunt ipsi fructus, cum sit jus fruendi, id est, percipiendi fructum rei. Obligationes quoque, nemo tam fungus est, qui non videat aliud esse, quam res in obligationem deductas. ¿Quis enim putet, rem, quæ veniit, obligationem esse? At quo pacto hæreditas à rebus singulis hæreditariis secernatur, non usque adeo obvium. Quod Justinianus ait, ipsum jus hæreditatis incorporale esse, Cajus *l.* 2. §. 1. *de rerum divis.* dixit, ipsum jus successionis tale esse, et Africanus *l.* 208. *de verb. sign.* hæreditatis appellatione jus successionis, non singulares res demonstrari. ¿Quid ergo? estne hæreditas jus successionis? Si figurate id accipias pro eo jure, quod per successionem acquiritur, aut acquiri potest, concedo esse. Si proprie, nego. ¿Quid enim aliud est jus successionis, quam jus succedendi? At jus succedendi ex testamento aut lege est, idque hæres habet, priusquam hæreditatem adeat: hæreditatem autem non ante habet, quam eam adierit, *l.* 151. *de verb. sign.* §. *ult. infr. de hæred. qual. tot. tit. de adquir. hæred.* Aliud igitur est jus successionis, aliud hæreditas. ¿Sed estne hæreditas ipsa successio? Sane à nostris definitur successio in universum jus, quod defunctus habuit, *l.* 24. *de verb. sign.* *l. hæreditas* 62. *de div. rer. jur.* Verum et hoc improprie dici de hæreditate fatendum est: non enim ipsa hæreditas, sed susceptio hæreditatis successio est; quippe succedere non hæreditatis, sed hæredis est; unde hæres passim universi juris successor appellatur. Verbo, hæreditas, ut res cæte-

ræ objectum est acquisitionis, et res de qua acquirenda agitur; successio modus, per quem illa acquiritur jus succedendi, jus quo delata acquiri et obtineri potest. Apparet ergo hæreditatem nihil aliud essse, quam: *Patrimonium cujusque defuncti cum oneribus*; ut tribus verbis definit Grot. 2. *manuduct.* 11. ita tamen, ut appellatione sua universitatem demonstret, omniaque defuncti bona, jura et onera simul comprehendat, non res singulas seorsum, *l.* 208. *de verbor. sign.* Atque hoc sensu jus dici, corporibusque, quæ in hæreditate sunt, opponi arbitror.

TITULUS TERTIUS.

DE SERVITUTIBUS RUSTICORUM ET URBANORUM PRÆDIORUM.

D. Lib. 8. *Tit.* 1. *et* 2. *Cod. Lib.* 3. *Tit.* 34. (1)

1 Servitutis et libertatis nomina etiam rebus inanimatis et brutis tribuuntur, sed per translationem, et longe alio significatu, quam cum personæ servire dicuntur in disputatione de statu hominum seu jure personarum. Illic suo quæque domino persona servit; libera est: *Quæ dominum non habet*: at res servire dicuntur, non quæ domino suo serviunt, sed: *Quæ domino suo non omnia officia præstare possunt, verum quædam præstare coguntur alteri et non domino* (2); liberæ esse: *Quæ uni et soli domino omnia præstant*; quo facit *l.* 90. *de verb. sign.* Etenim quod ex re sua percipit dominus, id ei res ipsa ultro præstare videtur, libereqúe id facere, et cum quadam velut propensione voluntatis, quasi natura ita facta, ut id velit. Cum autem pati cogitur, ut quædam commoda alius percipiat, jam servire videtur, quasi amissa priore facultate, quæ ei pro libertate affingebatur. Vitiosa igitur plane est divisio, qua servitus distribuitur in tres species; in mere personalem, mere realem, et mixtam. Nam mere personalis, quæ hominum est et sola proprie servitus, una cum reliquis, quæ tantum improprie et analogice id sunt quod dicuntur, eidem generi ut species ejusdem subjici non potest. Igitur servitus, qualem hic intelligimus, est: *Jus in re aliena alteri constitutum, quo do-*

(1) *Tit.* 31. *P.* 3.

(2) *L.* 1. *l.* 31. *eod.*

minus, quod huic alteri commodum sit, aliquid aut pati in suo, aut in suo non facere cogitur.

2 Dicimus, servitutem esse jus, habita scilicet relatione ad eum, cui constituta est: et video in omnibus suis speciebus ita eam à nostris definiri, in itinere, actu, via, aquæductu, *hoc tit. in pr. et in l.* 1. *de serv. præd. rust.* in servitutibus prædiorum urbanorum, §. *seq.* in usufructu, *pr. tit. seq.* (1). Per se autem servitus et respectu ejus, à quo debetur, non jus est, sed juris privatio aut imminutio, *l.* 5. §. 1. *et* §. 9. *de op. nov. nunc.* Ajo esse *jus, quo dominus aliquid pati in suo, aut in suo non facere cogitur*, ex natura omnium servitutum, *l.* 15. §. 1. *de servit. Pati in suo*, puta re sua utentem, fruentem, per fundum suum euntem, agentem, aquamve ducentem, tignum in ædes suas immittentem. *Non facere*, veluti altius non ædificare, in suo non ponere, quod luminibus ædium nostrarum aut prospectui officiat &c.

3 Plane enim ita servitus constitui non potest, ut quis aliquid cogatur facere in suo, puta viridaria aut arbores prospectus nostri causa tollere, aut in suo pingere, quo amœniorem nobis prospectum præstet, *d. l.* 15. §. 1. Obligatio hæc erit, non servitus constituta, et ideo prædio alienato, non sequetur actio novum possessorem, ut fit ubi servitus constituta est, *l.* 36. *de serv. præd. rust.* sed in eum, qui id facere promisit, hæredemque ejus actio in personam dabitur, *l.* 25. *de obl. et act.* in id scilicet, quod interest, si non fiat quod promissum est, ut accidit in omni obligatione faciendi, *l.* 72. *de verb. obl.* §. *ult. infr. eod.* Una servitus oneris ferendi à natura reliquarum nonnihil degenerat, de qua dicemus §. 1. *infr. hoc tit.*

4 Quod adjeci de commodo, id finem servitutis respicit; neque enim ulla est servitus, quæ non commodi nostri causa constituatur, aut certe alicujus amœnitatis, *d. l.* 15. *in pr. de serv. l.* 3. *de aq. quot. et æst.* (2). Non autem præcise requiritur, ut præsens sit utilitas, sed sufficit, natura tale jus esse, ut aliquando usui esse possit, quomodo cum Duar. accipienda *l. pen. de serv.*

5 Porro species harum servitutum duæ sunt: quædam enim sunt rerum sive prædiorum, quibus in usu juris generis fere nomen simpliciter tribuitur; quædam personarum (3). Sic autem distinguuntur non à re, quæ servitutem debet, sed ab ea re, cui debetur. Prædiorum igitur sunt, quæ debentur prædiis: personarum, quæ personis, *l.* 1. *de serv.* De servitutibus prædiorum agitur *hoc tit.* de personalibus *tit. proximo et seq.* Servitus prædii est: *Quæ prædio alieno imponitur ad vicini prædii utilitatem.* Duo igitur hic prædia sint necesse est, quorum unius causa servitus con-

(1) *L.* 1. *d. tit.* 31. *P.* 3.
(2) *D. l.* 1. *et l.* 2. *eod.*
(3) *D. l.* 1. *tit.* 31. *P.* 3.

stituatur, alteri imponatur; unum dominetur, alterum serviat, *l.* 1. §. 1. *com. præd.* §. 3. *infr. hoc tit.* Requirimus in his prædiis vicinitatem; neque in rusticis tantum, verum etiam in urbanis, *l.* 5. §. 1. *de serv. præd. rust. l.* 38. *et l. seq. de serv. præd. urb.* At enim vicinitatem non ex prædiorum conjunctione aut confinio, sed ex commoditate utendi metimur, ut intermedium prædium aut locus non officiat, si non impediat liberum usum servitutis, *d. l.* 38. *l.* 7. §. *ult. de servit. præd. rust. l.* 7. §. 3. *com. præd.*

6 Omnes vero servitutes prædiorum, ut veteres definiunt, perpetuam causam habere debent, *l.* 28. *de serv. præd. urb.* Perpetuum illis est: *Quodcumque ex naturali causa oritur*, etsi non sit assiduum; ut ecce, aqua pluvia ex naturali causa oritur, etsi non assidue pluit, *d. l.* 28. quod enim naturaliter fit, perpetuum videtur, licet non fiat assidue, ut defectio lunæ, Aristot. 1. *Post.* 8. Sed et quod ex facto nostro oritur, perpetuum habetur, si ejus causa prædium, aut pars prædii parata est, ut fumi immissio, *l.* 8. §. 5. *si serv. vind.* Causam servitutis vocant: *Id, cujus aut arcendi à nostro, aut in nostro habendi gratia servitus constituta est*; verbi gratia, in stillicidio et aquæductu, causa ob quam hæ servitutes comparatæ sunt, est aqua: illic, ut ab ædibus nostris avertatur; hic, ut aqua ducatur et in nostro habeatur, *d. l.* 28. *l.* 1. §. 4. *de font.*

7 Facile autem ex superiore servitutis definitione colligere est, servitutem prædii non intelligi, quæ constituta est in prædio quidem alieno, sed ei qui prædium non habet, aut qui non habet vicinum, *l.* 5. §. 1. *de serv. præd. rust. l.* 14. §. *ult. de alim. leg.* aut etiam ei qui habet vicinum, si non sit constituta illius prædii causa, et revera, prædio utilis, *l.* 38. *de serv. præd. urb. l.* 6. *in pr. et* §. 1. *de serv. præd. rust.* eoque pertinet quod scribit Paulus *l.* 8. *de serv. Ut pomum decerpere liceat, ut spatiari, et cænare in alieno possimus*, servitutem imponi non posse: nimirum quia hoc jus prædii nostri causa non constituitur, nec prædii nostri causam meliorem facit. Si quis igitur in suo tale quid faciendi jus alteri concesserit, id personarum servitutibus adscribendum. Inde quoque est, quod servitus prædii non intelligatur, si in constituendo persona demonstrata sit, cui soli ea præstetur, licet ad utilitatem quoque prædii constituta sit, *l.* 4. *de serv. præd. rust.* Ita nonnunquam ex accidenti fit, ut natura servitutis alteretur. Porro autem ut prædia vel rustica sunt vel urbana, ita quoque servitutes, quæ iis inhærent, vel rusticæ sunt vel urbanæ. Prædia rustica sunt: *Loca ædificiis vacua*, in urbe area, ruri ager, *l.* 211. *de verb. sign.* non enim loco, sed materia et genere distinguuntur, ut postea plenius intelligetur (1).

(1) *D. l.* 1. *tit.* 31. *P.* 3.

8 "In Hispania probata est "divisio servitutum in continuas "et discontinuas *l.* 15. *et seq. tit.* "31. *P.* 3. de qua *infr.* §. 4. *hoc* "*tit.* loquimur: quæ in Romano "jure expressa non est."

TEXTUS.

De servitutibus rusticis.

Rusticorum prædiorum jura sunt hæc: iter, actus via, aquæductus. Iter est jus eundi, ambulandi hominis, non etiam jumentum agendi, vel vehiculum. Actus est jus agendi vel jumentum, vel vehiculum. Itaque qui habet iter, actum non habet: qui actum habet, et iter habet, eoque uti potest etiam sine jumento. Via est jus eundi, et agendi, et ambulandi: nam iter, et actum via in se continet. Aquæductus est jus aquæ ducendæ per fundum alienum (1).

COMMENTARIUS.

1 Servitutes rusticorum prædiorum sunt: *Quæ prædiis rusticis inhærent.* Sunt autem longe plures, quam *hic* enumerantur. D. Donellus 11. *comm.* 6. doctrinæ causa ad tria genera eas revocat: nam ut eleganter et erudite ostendit, aut eo pertinent, ut per alienum fundum ad nostrum perveniatur, eove quid accedat; aut ut quid ex vicino sumere liceat, quod ad usum prædii nostri aut pecorum, quæ prædii causa habentur, transferatur; aut ut prædiun nostrum onere, quo intus premitur, exoneretur. Ad primum genus pertinent quatuor illæ, quas *hic* explicat Justinianus post Ulp. *l.* 1. *de serv. præd. rust.* secundi generis exempla sunt *in* §. 2. *infr. et d. l.* 1. §. 1. *eod.* tertii, *l.* 3. §. 1. *et* 2. *eod.* item exemplum, quod proponitur *l.* 29. *eod.* ut aquam aperto sulco educere in fundum vicini liceat. Singula fusius explicat Dort. *d. cap.* 6. *et* 2. *seqq.*

2 (*Iter est jus eundi, ambulandi*). Jure eundi continetur et qui lectica aut sella, item qui equo vehitur, *l.* 7. *l.* 12. *eod.* (2), parum enim referre visum est, suis pedibus quis utatur in eundo, an alienis. Quod autem Cæpolla *de serv. rust. præd. cap.* 1. *num.* 4. et 5. putat, eum qui iter habet, etiam rheda aut curru per duos equos vehi posse, modo rebus aliis rheda non oneretur, vereor ut defendi possit. Non enim par ratio est lecticæ, quæ à lecticariis gestatur, et currus quem jumenta trahunt. Jumenta cum curru agere non est ire, nec ejus, qui iter habet, sed ejus qui habet actum aut viam.

3 (*Ambulandi*). Id est, commeandi ultro citroque, eundi ad fundum nostrum, et inde redeundi, quoties lubet. ¿ An igitur et spatiandi voluptatis aut valetudinis causa? Ita quidem Cujac. 22. *obs.* 35. Donell. 11. *comm.* 6. Atqui ut spatiari liceat in alieno animi causa, prædii servitus im-

(1) *L.* 3. cum *seq. eod.*

(2) *D. l.* 3.

poni non potest: hoc enim personæ voluptatem respicit, non utilitatem prædii, *l.* 8. *de serv.* unde Hotomanus verbo ambulandi nihil aliud *hic* significari existimat, quam commeationem ob res prædio, iisve quibus illic morari necesse est, utiles aut necessarias. Puto tamen dici posse, ambulationem istam *hic* non considerari, ut jus aliquod principale et per se, sed ut illius juris accessionem.

4 (*Hominis*). Atqui diximus, eum, qui iter habet, etiam jumento ire posse. Nimirum etiam in eo spectamus homines, qui ministerio jumenti in eundo utuntur, ut causam principalem, non ipsum jumentum per se. Quod si quæras, cur hominis *hic* mentio fiat, cum iter prædii servitus sit, non personæ: respondebimus, ut hinc removeantur pecora, quæ et ipsa cum aguntur, ire dicuntur: deinde non designari *hic* quamlibet personam, sed quæ prædium habeat, cujus nomine eat. Nam hæ servitutes non ideo prædiorum dicuntur, quia personæ non competunt, sed comparatione facta ad jura mere personalia, quia non alii competunt, quam qui prædium habet.

5 (*Non etiam jumentum agendi*). Ita et Ulp. *l.* 1. *hoc tit.* et Paul. *l.* 7. *eod.* Hoc autem haud dubie accipiendum est de jumentis, quæ sarcinas portantia aguntur aut ducuntur. Nam si quis pedes ire malens, in itinere descendat de equo, eumque manu ducat, ¿cur id ei non liceat? ¿aut cur per famulum non possit equus deduci ad dominum, ut rediturus eum conscendat, et eques remeet? argum. *l.* 12. *eod.*

6 (*Actus est jus agendi jumentum, vel vehiculum*). *D. l.* 1. *eod.* Jumenti appellatione non contineri boves, identidem relatum et responsum est, *l.* 38. §. 4. *et* 2. *seqq. de æd. edict.* *l.* 65. §. *antep. de leg.* 3. *l.* 89. *de verb. sign.* ¿An igitur ei, qui actum habet, non licebit boves agere, et generaliter armenta? Sane vero. Diserte enim à Modestino scriptum est, actum esse: *Ubi armenta trajicere liceat*, *l.* 12. *de servit. præd. rustic.* Armentorum autem appellatione vel maxime boves continentur, *d. l.* 89. *de verb. sign.* Nec tamen ideo necesse est, ut cum Hotom. pro *jumentum* reponamus *armentum*, contra fidem omnium exemplarium. Nam vel *jumenti* vox late *hic* accipi potest, ut et boves complectatur, cum et Isidorus boves inter jumenta referat *lib.* 12. *cap.* 1. et Columella etiam his ex ratione originis nomen jumenti tribuere videatur: sic enim scribit *lib.* 6. *cap.* 3. *Jumenta nomen à re traxerunt, quod nostrum laborem, vel onera subvectando vel arando juvarent.* ¿Quid si dicamus, exempli duntaxat causa jumenti mentionem factam? Ut enim reponas *armentum*, aut retineas *jumentum*, non continebitur verbis definitionis actus ovium, caprarum et reliquorum minorum pecorum, quibus proprie gregis, non armenti aut jumenti appellatio convenit, *l.* 81. §. 4. *de legat.* 3.

7 (*Vel vehiculum*). Hic iterum Hotomanus contendit legendum esse, *non etiam vehiculum.* Sed

profecto nimis confidenter: non enim *hoc* tantum *loco*, verum etiam infinitis aliis jus agendi vehiculum actu contineri, à veteribus traditum est, *d. l.* 1. *l.* 7. *l.* 12. *eod. l.* 11. *quemad. serv. am.* idemque manifeste colligitur ex *l.* 13. §. 1. *de accept.* Nihil Hotomanum juvat, quod scribit Pompon. *l.* 13. *de serv.* Si via concessa sit tam angusti loci demonstratione facta, ut jumentum duntaxat duci possit, non etiam vehiculum; actum magis, quam viam, acquisitum videri. Non enim ut via semper et natura sua utrumque jus continet, et jumentum agendi et ducendi vehiculum, ita et actus; sed aliquando illud duntaxat, non hoc: puta si vel expresse convenerit, ut actus esset sine jure agendi vehiculum, vel tacite idem actum est, ut in specie *d. l.* 13. *de serv.* Atque hoc satis ostendunt verba ipsa hujus definitionis, quibus actui, non utrumque conjunctim, sed hoc, vel illud disjunctim tribuitur. Modestin. naturam ordinariam actus attendens in *l.* 12. *de serv. præd. rust.* utrumque conjunctim ei tribuit.

8 (*Uti potest etiam sine jumento*). Traditur hoc idem et in *d. l.* 1. *eod. l.* 2. *quemad. serv. am.* et verissimum esse docet *l.* 58. *de verb. obl.* ubi Julianus refert, eum, qui actum stipulatus postea iter stipulatur, posteriore stipulatione nihil agere, sicuti qui decem, deinde quinque stipulatur. Quod et apud Ulpianum relatum est in *l.* 9. §. *ult. de novat.* Falso, si actus tacite non contineret etiam jus eundi sine jumento, sive iter separatum. Neque tamen hoc ita accipimus, quasi iter separatum sit de essentia ipsius actus, et sine eo actus consistere aut constitui non possit: sed hoc dicimus, actu constituto, regulariter et ex tacita voluntate et sententia constituentis, etiam iter sine jumento concessum intelligi, *arg. l.* 21. *l.* 110. *de div. reg. jur.* Atque ideo jus agendi duntaxat, non etiam eundi, ambulandi, in definitione actus exprimitur. Adhæc, si actus essentialiter etiam iter contineret, quo utimur sine jumento, nullius momenti esset conventio, ut actus sit sine itinere, contra *l.* 4. §. 1. *si servit. vindic.*

9 Non obstat, quod apud Paulum legimus, actu legato iter frustra adimi, *l.* 1. *de adim. leg.* Nam ratio subjecta non obscure arguit, loqui Jurisconsultum de itinere, quo necessario utimur in ipso actu, cum jumentum aut vehiculum agimus. Ait enim, ideo iter frustra adimi, quia nunquam actus sine itinere esse potest. Sed nec id iter videri poterit ea ademptione detractum, quod sine jumento est, quia per se non est legatum; atque ita actus potius in natura sua et qualis regulariter est, relictus. Plane si testator nominatim hoc iter ademerit, hoc est, expresse vetuerit, ire sine jumento; nullus dubitat, quin utilis sit ademptio, arg. *d. l.* 4. §. 1. *si serv. vind.* Et est in proposito eadem fere ratio itineris et actus, quæ usus et ususfructus: nam etsi fructui usus inest, et ideo legato usufructu, usus ademptio nulla, *l.* 14. §. 1. *de usu et*

hab. nihil tamen vetat usum à fructu expresse separari, *l.* 5. §. 1. *usufr. quemad. cav.*

10 (*Via est jus eundi, et agendi, et ambulandi*). Via, ut mox subjicitur, iter et actum in se continet, hoc est, ex itinere et actu essentialiter via constituitur, arg. *l.* 13. §. 1. *de accept. l.* 9. *si serv. vind.* ac proinde quicquid est in definitionibus itineris et actus, id una definitione viæ debuit comprehendi, quod et curiose ab Ulpiano in *l.* 1. *de serv. præd. rust.* et Justiniano *hic* observatum est. Mirorque adeo viros doctissimos Connan. 4. *comm.* 11. et Donel. 11. *comm.* 6. pro verbo *eundi* reponentes *vehundi*, motos tantum vocis definitæ ætymologia, quam Varro 4. *de ling.* à *vehendo* deducit, et analogia præcedentium definitionum : nam sic bis idem diceretur, cum verbum agendi etiam vectionem contineat, *l.* 4. §. 1. *de serv.* ¿Quid igitur amplius est in via, quam in actu? Primum hoc, quod via iter in se contineat, ita ut sine jure eundi per se via intelligi aut constitui non possit, in quo specifice differt ab actu, qui potest esse sine itinere separato. Deinde etiam hoc, quod via nunquam esse potest sine jure ducendi vehiculum, actus potest, *l.* 13. *de serv.* Item quod qui viam habet, vel iter et actum separatim; vel utrumque simul iter et actum; vel uno verbo viam, vindicare potest: qui vero actum habet, non potest neque iter separatim, neque iter et actum conjunctim, sed solum modo actum vindicare, Cujac. 22. *obs.* 35. fac. *l.* 11. §. 6. *de exc. rei jud.* Sunt et aliæ quædam differentiæ; sed minus principales: nam qui viam habet, etiam lapides, et tigna trahere, et rectam hastam ferre, modo ne fructus lædat, potest; quod ei, qui actum habet, non licere plerique existimaverunt, *l.* 7. *de servit. præd. rust.* et potest etiam sine his via constitui. Illud omnino ex accidenti est, quod actus et via aliquando differant latitudine, vide l. 8. *l.* 13. §. 2. *eod.*

11 (*Aquæductus est jus aquæ ducendæ per fundum alienum*). *l.* 1. *eod.* Ducitur aqua aut publica aut privata. Publicam ducere, puta ex flumine publico, cuique licet: nisi Imperator aut Senatus vetent, aut aqua sit in usu publico, puta si flumen sit navigabile, vel ex eo aliud navigabile fiat, *l.* 2. *de flum. l.* 10. §. *ult. de aqua et aquæ pluv. arc.* aut si periculum sit, ne exarescat, quamvis navigabile non sit, *d. l.* 1. §. 12. *de flum.* Sed neque ex castello, vel ex rivo, vel ex quo alio loco publico, id est, aquæ publicæ destinato, ducere fas est sine permissu Principis, *l.* 1. §. 41. *et seq. de aq. quotid.* In concedendo autem jure ducendi aquam privatam, sive fontis sive fluminis, sive putealem, non tantum eorum, quorum in loco aqua oritur; verum etiam eorum, ad quos ejus aquæ usus pertinet, voluntas exquirenda est, id est, eorum, quibus servitus aquæ debetur: quippe cum hic agatur de jure eorum minuendo, quod omnes tangit, ab omnibus debet approbari,

l. 8. *de aq. et aq. pluv. arc.* junct. *l. ult. C. de auct. præst.* (1).

12 Illud hic generaliter tenendum, neminem posse aquam aut publicam aut privatam per fundum alienum in suum ducere, cui non sit hæc servitus constituta à domino illius fundi, *l.* 29. §. 1. *ad leg. Aquil. l.* 2. *C. de servit.* neminem quoque posse ex suo aquæductu alieri commodare, nisi id nominatim convenerint, *l.* 24. *l.* 33. §. 1. *de serv. præd. rust.* Item jus hoc ad certum usum prædii concedi oportere: nam si concessum sit ita, ut aqua quocunque duci possit, non fundi, sed personæ jus erit, *l. pen. eod. l.* 1. §. 12. *de aq. quot.* Denique concedi posse ductum aquæ non tantum præsentis et fluentis, sed etiam quærendæ et nondum inventæ, *l.* 10. *eod. hoc tit. l. ult. si serv. vind.* Fuse Cæpoll. *de serv. rust. cap.* 4.

13 "In Hispania doctrina *hu-* „*jus text.* probata est *ll.* 3. *et* 4. „*tit.* 31. *P.* 3. et in *ead. l.* 3. „iter appellatur *senda*, actus *car-* „*rera*, et via *via*; additurque, „eum, cui iter debetur, ire posse „cum aliis, ita tamen ut alius „post alium procedat, non aliter: „quod jure Romanorum statu- „tum non invenimus."

TEXTUS.

De servitutibus urbanis.

1 *Prædiorum urbanorum servitutes sunt hæ, quæ ædificiis inhærent; ideo urbanorum prædiorum dictæ, quoniam ædificia omnia urbana prædia appellamus, etsi in villa ædificata sint. Item urbanorum prædiorum servitutes sunt, ut vicinus onera vicini sustineat: ut in parietem ejus liceat vicino tignum immittere; ut stillicidium, vel flumen recipiat quis in ædes suas, vel in aream, vel in cloacam; vel non recipiat: et ne altius quis tollat ædes suas, ne luminibus vicini officiat* (2).

COMMENTARIUS.

1 *Hoc* §. agitur de servitutum prædialium specie altera: prædiorum scilicet et urbanorum; et ait Imp. eas esse: *Quæ ædificiis inhærent*, atque inde sic dictas, quia omnia ædificia, urbana prædia appellamus, etsi in villa ædificata sint: quod et alibi sæpe traditum, *l.* 1. *com. præd. l.* 166. *l.* 198. *de verb. sign.* Nimirum, ut superius obiter monuimus, distinctio hæc prædiorum non á loco sumitur, sed à materia vel genere prædii, *dict. l.* 1. Sunt qui à fine sumptam putant, et ea sola ædificia prædiorum urbanorum numero esse, quæ parata sunt habitandi causa: horrea autem, quæ ruri ædificantur ad fructus reponendos et custodiendos, magis esse, ut prædia rustica censeantur, Cæpoll. *de serv. urb. cap.* 11. *num.* 2. Myns. Wesemb. Vult. *hic.* Sed immerito,

(1) *L.* 5. *d. tit.* 31. *P.* 3. *ubi et exceptio.*

(2) *L.* 2. *eod.*

quod ad propositam tractationem attinet. Fac enim, alterum ex duobus dominis, qui vicina aut contigua horrea habeant, alteri, cui forte ad grana repurganda flatu venti opus sit, cessisse servitutem altius non tollendi; aut jus alteri constituisse tigni immittendi in parietem horrei sui. Hæ servitutes utique urbanæ dicendæ sunt, non rusticæ. ¿Quid enim interest, horreum, an aliud ædificium altius non extollatur? In constituendo, in amittendo omnia eadem: idem juris effectus in oppignerando, novo opere nunciando.

2 ¿Cur igitur scribit Neratius in *l. 2. de serv. præd. rust.* rustici prædii servitutem esse: *Licere altius tollere, et officere prætorio vicini?* Nimirum quia ille arbitrio suo loquitur, non considerato juris effectu. Hoc ut perfectius intelligatur, sciendum, prædia, eorumque jura dupliciter considerari posse: vel simpliciter, qua consideratione nihil prohibet ea loco distinguere, quod fecit Neratius; vel cum effectu juris, qua consideratione loco nunquam distinguuntur. Cum quæritur de jure taciti pignoris, quod domino tribuitur in invectis et illatis ab inquilino in prædium urbanum, non item in invectis à colono in prædium rusticum, *l. 4. l. 7. § 1. in quib. caus. pign. vel hypoth.* prædia à fine et usu distinguimus: uti etiam cum agimus de alienatione prædiorum pupillarium vel minorum sine decreto prohibita. Simili modo de servitutibus, cum simpliciter quæritur, quorum prædiorum sint, loco itidem ut prædia distingui possunt: at cum quæritur de vi et effectu juris in iis constituendis, acquirendis, amittendis, pignerandis, novo opere earum nomine nunciando (vide obiter *l. 1. l. 6. de serv. præd. urb. l. 6. l. 7. §. 1. comm. præd. l. 11. §. ult. et l. seq. de pign. l. 5. §. 9. l. 14. de op. nov. nunc.*), loci ratio nulla habetur: sed quæ ædificiis inhærent, urbanæ; quæ locis puris, rusticæ dicuntur (1).

3 (*Prædiorum urbanorum servitutes sunt*). Et longe etiam plures: sed harum commemoratio sufficit ad declarandum id quod dixerat, prædiorum urbanorum servitutes esse, quæ ædificiis inhærent. Donellus 11. *comm.* 4. etiam quæ hujus sunt generis, in tres clases partitus est ex triplici earum fine: quædam enim comparatæ sunt ad ædes vicinas dilatandas, ut tigni immittendi, oneris ferendi, projiciendi, protegendi: quædam ad ædium interiorem commoditatem, veluti altius non tollendi, ne luminibus, ne prospectui officiatur: quædam denique ad ædes exonerandas, cujusmodi sunt jus cloacæ immittendæ, fumi immittendi, fluminis et stillicidii avertendi in aream alienam. Pretium fuit, digito saltem hoc indicasse.

4 (*Ut vicinus onera vicini sustineat, ut in parietem ejus liceat tignum immittere*). Proponuntur hæ servitutes ut species diversæ;

(1) *L. 1. d. tit. 31. P. 3.*

et sane differunt gradu. In imponenda servitute tigni immittendi hoc agitur, ut ex nostro pariete liceat tignum immittere in parietem vicini, ita ut ubi requiescat, et vicini paries sustineat onus immissi, nihil amplius, *l.* 242. §. 1. *de verb. sign.* In servitute autem oneris ferendi hoc amplius est, quod vicinus columnam aut parietem, qui oneri ferendo est, reficere tenetur, et idoneum oneri sustinendo præstare *l.* 33. *de servitutib. prædior. urbanor.* (1); qua parte servitus hæc degenerat, et anomala seu spuria esse agnoscitur: quippe cum contra naturam servitutum hoc sit, ut quis cogatur aliquid facere in suo, *l.* 15. §. 1. *de serv.* Qua ratione quoque jam olim Gallus putabat, non posse ita servitutem imponi, ut quis et onus ferret, et parietem reficeret. Sed obtinuit Servii sententia contendentis posse, *l.* 6. §. 2. *si serv. vind.* id quod in specie proposita visum est, per consequentiam recipiendum esse ejus, quod principaliter agitur. Agitur autem hoc, ut jus sit ædium mearum, onus in parietem vicini immittere: quæ servitus vix consistere potest, nisi paries reficiatur et idoneus habeatur oneri ferendo.

5 (*Ut stillicidium, vel flumen quis recipiat, vel non recipiat*). Hæ eædem servitutes sunt, quæ dicuntur stillicidiorum et fluminum, *l.* 1. *de serv. præd. urb.* Inter stillicidium et flumen hoc interest, quod stillicidium est: *Cum aqua pluvia ex tecto stillatim et guttatim cadit*; flumen: *Cum fluxu et per imam ædium partem more fluminis effunditur*, Varro 4. *de ling. cap.* 5. Paul. *l.* 20. §. 3. *et seqq. de serv. præd. urb.* Itaque stillicidii recipiendi servitus dicitur, qua vicinus ferre cogitur, ut aqua pluvia ex tecto meo in suas ædes casitet; fluminis vero, qua pati cogitur, ut aqua eadem in alveum aut canalem recepta in suas ædes cum impetu feratur: unde hæc quam illa gravior, et proinde Paul. *dict. l.* 20. §. 5. docet: *Stillicidium inferius demitti non posse, ne gravior fiat servitus, et pro stillicidio flumen: altius tolli posse, quia levior eo modo fiat, cum quod ex alto, lenius cadat, et interdum vi venti direptum non perveniat ad locum servientem.*

6 Duplex autem est stillicidii aut fluminis servitus, ut ostendit *hic locus et l.* 2. *eod.* una avertendi seu recipiendi stillicidii aut fluminis; altera non avertendi seu non recipiendi. Dicitur prima *avertendi*, respectu ejus cui debetur; *recipiendi* autem si referatur ad eum qui illam patitur: è contrario secunda *non avertendi*, refertur ad debitorem, non *recipiendi* ad dominum prædii dominantis, ut ostendunt sequentia. Avertendi stillicidii est: *Jus stillicidia nostra derivandi seu avertendi in ædes aut aream vicini*, ut vicinus stillicidium nostrum recipere cogatur in ædes suas vel in aream aut in cloacam,

(2) *L.* 2. *d. tit.* 31. *P.* 3.

d. l. 2. et hoc text. Stillicidii non avertendi est: *Jus, quo vicinus stillicidium ædium suarum in aream vel cloacam vicini avertere prohibetur; cum alioqui lege, aut consuetudine civitatis, id facere sibi liceret.* Sane quidem jure communi nemo cogitur stillicidia vicini recipere, licetque nobis jure libertatis rei nostræ vicinum prohibere, ne stillicidia sua in nostrum immittat. Cæterum sicubi constitutio ædificiorum talis est, ut lege aut consuetudine civitatis unicuique permissum sit, stillicidia sua obversa habere in alienum, vicinique jure publico ea recipere cogantur: hic, si velimus nobis jus esse prohibendi vicinum stillicidia sua in nostrum avertere, necesse est, ut id jus vicinus nobis constituat, suæque rei hanc servitutem imponat: quod quamobrem et quam recte dicatur, mox certius intelligetur, cum de servitutibus altius tollendi et non tollendi disputabimus.

7 (*Et ne altius quis tollat ædes suas*). Hæc servitus ob eum maxime finem constituitur, ne luminibus vicini altius ædificando officiatur. Nam cum unicuique jure naturæ in suo quidvis facere liceat, dum in alienum nihil immittat, *l. 8. §. 5. si serv. vind.* eique consequens sit, posse unumquemque in area sua ædificare in infinitum, ædesve antea positas altius tollere, etiamsi vicino incommodet, lumina ejus obscurando, quod et traditum est *l. 9. l. 14. l. 24. de serv. præd. urb.* hoc incommodum non aliter vitari potest, quam si à vicino impetremus, ut hanc suis ædibus servitutem imponat: ne altius tollantur: qua imposita, si nihilominus altius ædificet, jam recte cum eo agam, jus ei non esse, ædes suas altius tollere: quæ intentio est actionis confessoriæ, qua servitus hæc, quæ dicitur *altius non tollendi*, vindicatur, de qua in *§. 2. inf. de act.* Crebra est hujus servitutis mentio in jure nostro.

8 Hic autem magna oritur difficultas. Nam si cuivis licet ædes suas extollere, idque naturaliter et jure libertatis rei suæ, ut nulla in eam rem opus sit constitutione servitutis; ¿qui fit, quod inter servitutes prædiorum numeretur etiam jus altius tollendi? Hoc enim nullam videtur habere rationem: contraria quippe sunt libertas et servitus. Et si non licere altius tollere, servitutis est; licere altius tollere, libertatis erit. Et tamen negari non potest, quin veteres non minus jus altius tollendi, quam non tollendi inter servitutes retulerint. Factum id compluribus locis, à Paulo *l. 1. de serv. præd. urb. l. 7. §. 1. comm. præd.* à Cajo *l. 2. de serv. præd. urb.* à Neratio *l. 2. de serv. præd. rust.* et à Justiniano *§. 2. inf. de act.* Tota vero difficultas in eo est, ut exempla proferantur, quibus ostendatur, jus altius tollendi quandoque inter servitutes recte numerari.

9 Primus veterum Interpp. Jo. Faber in *d. §. 2.* rem vidit, et digito monstravit, præeunte tamen Glossa in *l. 11. de serv. præd. urb.* ut observavit Cæpolla, et explicuit *cap. 26. n. 2. de serv.*

præd. urb. sed ille longius excurrit, et multa aliena miscet. Rectius et apertius Donel. aliique recentiores Fabri vestigiis insistentes, sic rem proponunt et declarant. Si de potestate ædificandi in suo nihil jure publico cautum sit, jus ædificandi ajunt esse jus libertatis nostræ, et licere cuivis civi, suo et publico jure ædes suas quam altissime tollere, etiamsi obscuret vicinas. Si vero alicubi lege civitatis certa ædificiorum forma atque altitudo præscripta est, quam excedere ædificando vicino invito non liceat, hic jus ædificandi hactenus quidem adhuc liberum esse, et juris publici, si intra definitum altitudinis modum consistatur, ut adhuc liceat ita ædificare cum incommodo vicini, *d. l.* 11. Cæterum si supra eam altitudinem ædes extollere, v. c. ad 5. vel 6. pedes, velimus, quod jam jure publico invito vicino facere non licet, ut in nobis liceat, à vicino impetrandum esse, *l. pen.* §. 1. *C. de ædif. priv.* eoque concesso, jus altius tollendi vicino servitutem esse, utpote qui jam incipiat pati in suo, quod antea jure publico pati non cogebatur; nobis jus, sed impositium et constitutum à vicino, quod vindicetur hac formula confessoria: *Ajo, mihi jus esse ædes meas altius tollendi invito te, d.* §. 2. *inf. de act.* Patet autem ex *l.* 11. *de serv. præd. urb. l.* 1. *l. pen.* §. 1. *C. de ædif. priv.* ex Tacito *lib.* 15. *annalium*, Strabone *lib. 6. p.* 162. Aurel. Vict. in *epitom.* aliisque adductis à Pet. Fab. ad *l. domum* 61. *de div. reg. jur.* etiam in ipsis urbibus, in quibus sedes imperii fuit, Romæ scilicet, et Constantinopoli, jam olim certum fuisse ædificiorum altitudini præscriptum modum, ut mirum non sit, Jureconsultos ad statum illum respicientes jus altius tollendi inter species servitutum numerare.

10 (*Ne luminibus vicini officiat*). His verbis non videtur *hoc loco* nova demonstrari servitus, sed finis propositæ: est enim hic præcipuus finis servitutis altius non tollendi, ne luminibus nostris officiatur, qui ob id etiam plerumque simul exprimi solet, *l.* 2. *de serv. præd. urb. l.* 2. *de serv. præd. rust.* quanquam et alius dari potest, ne scilicet in ædes aut aream nostram prospectus pateat. Porro quod ait, ne luminibus officiat, sic accipiendum est, ne officiat altius ædificando, non etiam ne alio modo, veluti arbore positæ, ut quam minimum recedatur à libertate naturali. Quamobrem hoc plus erit in servitute, ne luminibus officiatur, quam in illa, ne ædes altius tollantur, *l.* 12. *l.* 15. *et* 2. *seqq. de serv. præd. urb.* A servitute ne luminibus officiatur, parum differre videtur servitus, quæ luminum dicitur: atque ut hæc magis respicit novam luminum constitutionem, ita illa conservationem eorum, quæ jam sunt, *l.* 4. *eod.* Nisi forte dicendum sit, in servitutem luminum hoc minus esse, quam in altera; quod qui hanc debet, altius ædificare non prohibeatur, aliaque facere, modo tantum luminis relinquat vicino, quantum ad usum diurnum sufficiat: qui autem

servitutem debet, ne luminibus officiatur, nihil omnino facere possit, quo lumen minuatur, etiamsi vicini ædes luminibus abundent: quæ sententia est Pauli Castr. in *d. l.* 4. probata à Cæpoll. *cap.* 35. *de serv. urb.* arg. *d. l.* 15. *et* eodem teste communiter recepta.

TEXTUS.

De reliquis servitutibus rusticis.

2 *Inter rusticorum prædiorum servitutes quidam computari recte putant aquæ haustum, pecoris ad aquam appulsum, jus pascendi, calcis coquendæ, arenæ fodiendæ* (1).

COMMENTARIUS.

1 Docendi ratio postulabat, ut *hic* §. protinus subjiceretur *principio hujus tit.* dilata tantisper tractatione servitutum urbanarum, cum à rusticis cœptum esset. Sed hoc tanti non est, ut ob id maledictis impetendus sit Tribonianus, quasi temetum, cum hæc scriberet, bibisset: nollemque eo protervíæ processisse etiam viros cætera incomparabiles. Verum age. Ait Imp. inter servitutes rusticorum prædiorum recte computari aquæ haustum, pecoris ad aquam appulsum etc. Aquæ haustus est: *Jus aquæ hauriendæ ex puteo vel fonte vicini, ad prædii nostri vel familiæ rusticæ usum et commoditatem.* Qui haustum habet, iter quoque ad hauriendum habere videtur, sive ei jus hauriendi et simul adeundi cessum sit, sive hauriendi tantum (2). Sed etsi tantum adeundi ad fontem, placuit inesse et haustum. Cæterum ex flumine publico cum sine servitute cuivis haurire liceat, haustus frustra conceditur, iter cedit debet, *l.* 3. §. *ult. de serv. præd. rustic.* Cæpoll. *cap.* 7. Pecoris ad aquam appulsus est: *Jus adaquandi et appellendi pecora, quæ fructuum fundi causa habentur, ad aquam alienam.* Utrumque autem hoc jus passim refertur inter servitutes prædiorum rusticorum, *l.* 1. §. 1. *l.* 2. §. 1. *l.* 3. §. *ult. l.* 4. *l.* 6. *in fin. de serv. præd. rust.*

2 Cæterum objici solet responsum Ulpiani *l. Mela* 14. §. *ult. de alim. legat.* quo loco aquæ haustus et pecoris ad aquam appulsus dicuntur esse servitutes personarum: sic enim in omnibus codicibus locus iste legitur: *Nam et haustus aquæ, ut pecoris ad aquam appulsus, est servitus personæ, tamen ei, qui vicinus non est, inutiliter relinquitur.* Verum *hic locus*, si ullus in libris nostris, manifeste corruptus est, idque cuivis, qui modo proprius eum consideret, facile erit deprehendere. Laborat autem duplici vitio. Primum quia mendose interpunctus est: deinde quia omissa est negatio in postremis verbis; omninoque ita restituendus est: *Nam et haustus aquæ, ut pecoris ad*

(1) *L. 6. et l. 7. d. tit.* 21. *P.* 3.

(2) *D. l.* 6.

aquam appulsus est servitus, personæ tamen ejus, qui vicinus non est, non inutiliter relinquitur, vel detracta privativa *inutiliter*. Nisi enim ita legamus, nec sententia loci, nec ratio juris de his servitutibus constabit, nec quicquam in *eo loco* erit, quod cohæreat. Consulebatur Jureconsultus de fideicommisso, quo aqua relicta erat ei, qui vicinum prædium non habebat: respondet, utile esse fideicommissum, nec obstare, quod aqua hæc relicta proponebatur non possessori vicini prædii; nam quod personæ relinquitur, ut in proposito aqua, id non vicino quoque recte relinqui, quantumvis tale sit, quod regulariter jus prædii censetur. Argumento esse aquæ haustum et pecoris ad aquam appulsum, quæ cum natura sua servitutes prædiorum sint, tamen ei, qui vicinus non sit, utiliter constituantur: non utique ut jura prædii, sed personæ, quod etiam toties actum intelligitur, quoties res gesta est inter duos, qui vicinia prædia non habent; qua de re monuimus in explicatione *rubricæ* sub finem. Hæ itaque servitutes modo sunt personales, modo prædiales. Personales, si non in usum vicini prædii, sed personæ constituuntur; prædiales, si vicino prædio inserviunt, ut regulare est. Id liquidum ex *l. 4. ff. de serv. præd. rust.*

3 (*Jus pascendi*). *D. l. 1. §. 1. l. 3. in pr. l. 4. eod.* servitus pascui dicitur *l. 6. in fin. eod.* Est autem: *Jus pascendi pecora in fundo alieno.* Si plurium commune est, jus compascui appellatur, *l. pen. §. 1. si serv. vindic.* Hinc ager compascuus: *In quo vicinis jus est communiter pascendi.* Fest. in voce *Compascuus.* Cic. in *Top. cap. 6. Si compascuus est ager, licet compascere.* Cæterum ita pecoris pascendi jus servitus prædii videtur, si fructuum fundi causa pecora habeantur, *d. l. 4. eod.* quod ita fit, si sint boves aut jumenta, per quæ fundus colitur, *d. l. 3. in pr.* Semper enim hoc tenendum est, servitutem prædii non posse constitui ultra quam ad prædium ipsum opus est, *l. 5. eod.* Idem tamen dicendum erit, si oves sint aut vaccæ ad lac præbendum, butyrum, caseum conficiendum, quibus ad victum familiæ rusticæ utamur. Qui servitutem pascui habet, aut pecoris appellendi, ei etiam talis constitui potest, ut tugurium ibi habere liceat, ut si hyems ingruerit, habeat quo se recipiat, *d. l. 6. in fin. eod.* De jure pascendi late Cæpoll. *cap. 9. de serv. præd. rust.* Fernandez de Otero, *tract. de pascuis.*

TEXTUS.

Qui servitutem debere, vel acquirere possunt.

3 *Ideo autem hæ servitutes prædiorum appellantur, quoniam sine prædiis consistere non possunt. Nemo enim potest servitutem acquirere urbani, vel rustici prædii, nisi qui habet prædium; nec quisquam debere,*

nisi qui prædium habet (1).

Hic textus planus omnino est.

TEXTUS.

Quibus modis servitus constituitur.

4 *Si quis velit vicino aliquod jus constituere, pactionibus atque stipulationibus id efficere debet. Potest etiam quis testamento hæredem suum damnare, ne altius tollat ædes suas, ne luminibus vicini officiat: vel ut patiatur, eum tignum in parietem suum immittere, stillicidiumve adversus eum habere: vel ut patiatur, eum per fundum ire, agere, aquamve ex eo ducere* (2).

COMMENTARIUS.

1 Servitus prædii à lege non constituitur: sed potest re exigente à Judice constitui in judiciis familiæ erciscundæ et communi dividundo, in pluribus prædiis dividendis, unum uni, alterum alteri adjudicante, et unum alteri servum faciente, *l.* 22. §. 3. *fam. erc. l.* 18. *com. div.* Extra hunc casum à solo prædii domino constituitur. Cæterum et longa quasi possessione nostra acquiritur. In constituente exigitur, ut sit dominus prædii totius, non pro parte indivisa: communi prædio unus ex dominis ne pro parte quidem sua servitutem imponere potest, *l.* 2. *de serv. l.* 34. *de serv. præd. rust.* nisi forte pariter omnes cedant: tunc enim omnes non alienæ, sed suæ parti servitutem imponunt. Quod si diverso tempore id fiat, novissima cessione superiores confirmantur, *l.* 11. *de serv. præd. rust. l. ult. comm. præd.* Benigne quoque propter conventionem receptum est, ut qui ante cessit, vetare me uti jure cesso non possit, *d. l.* 11. (3). Quæ omnia etiam in persona acquirentis servantur: nam nec acquirere quisquam prædio servitutem potest, nisi qui ejus prædii solus sit dominus, *l.* 1, §. 1. *l.* 5. *l.* 6. *in fin. l.* 8. *comm. præd.* et in pluribus acquirentibus eadem distinctio est, quæ in pluribus constituentibus, *d. l.* 6. §. 1. *l. ult. eod.*

2 Constituitur à domino servitus duobus modis: conventione, et ultima voluntate, *l.* 5. *de serv, l.* 16. *comm. præd. et hoc text.* In conventionali constitutione duo ad acquirendam servitutem requiruntur: pactio ad transferendum comparata, cujusmodi est stipulatio, emptio, donatio, permutatio, *l.* 31. *de adq. rer. dom.* et traditio, seu id quod traditionis vicem in re incorporali obtinet, puta inductio in prædium servum, aut usus acquirentis et domini constituentis patientia, *l. ult. de serv. l.* 1. *in fin. de serv. præd. rust. l.* 3. *in pr. de usufr.* (4). Namquemadmodum pactionis nu-

(1) *L.* 1. *d. tit.* 31. *P.* 3.
(2) *L.* 14. *d. tit.* 31. *P.* 3.
(3) *L.* 10. *d. tit.* 31. *P.* 3.
(4) *L.* 1. *tit,* 30. *P.* 3.

dæ non ea vis est, ut rem corporalem nostram faciat, *l.* 20. *C. de pact.* ita nec per se sufficit ad acquirendam servitutem, *l.* 3. *de obl. et act.* Olim hic frecuens erat cessio, *l.* 39. *de serv. præd. urb. l.* 3. §. 2. *et* 3. *de serv. præd. rust.* et videtur ea necessaria fuisse in constitutione servitutum, quæ in eo consistunt, ut dominus aliquid non faciat in suo, puta ne ædes altius tollat; ne luminibus vicini aut prospectui officiat. Nam ejusmodi jura quomodo per usum et patientiam constitui possint, non video: aut sane inductio in prædium hic etiam pro traditione fuit.

3 Suprema voluntate servitus constituitur, cum ea alicui testamento legatur, *tit. de serv. leg.* in qua constitutione nihil præter voluntatem defuncti desideratur ad acquirendam servitutem, sed statim ei, cui legata est, absque ulla cessione aut traditione hæredis acquiritur, *l. ult. d. tit. l.* 19. §. 1. *quem serv. am.* Neque distinguimus amplius inter servitutem legatam per vindicationem et legatam per damnationem, vid. notata §. 1. *tit. seq.*

4 Usu quoque acquiritur servitus. Modus per usum ac possessionem nostram servitutem capiendi duplex. Unus communis cum usucapione rerum corporalium, si quis eam à non domino, quem dominum existimabat, constitutam per tempus legitimum continenter possederit, *l. ult. in fin. C. de præc. long. temp.* Alter servitutum proprius, si nullo quidem titulo præcedente, cæterum nec vi, nec clam, nec precario, id est, domino prædii servientis sciente et patiente, per continuum definiti temporis spatium servitute usi sumus, *l.* 10. *si serv. vind. l.* 1. *in fin. de aq. et aq. pluv. arc. l.* 1. *et l.* 2. *C. hoc tit.* (1), ut hic scientia et patientia domini loco tituli aut boni initii et traditionis sint possidenti, et longi temporis consuetudo vicem servitutis obtineat. In priore specie titulus necessarius est, uti semper cum initium possessionis est à non domino, *inf. de usuc. in pr.* Sed tunc dominum nihil juvat ignorantia, *d. l. ult. C. de præsc. long. temp.* In posteriore scientiam exigimus, titulum non item: nam ex titulo tradita statim sine usucapione acquireretur.

5 (*Pactionibus et stipulationibus*). Pactiones et stipulationes tituli seu causæ sunt constituendi servitutes; modus autem traditio ficta, ut nuper diximus *n.* 2.

6 Recte fecisset Tribonianus, si *hic* aliquid subjecisset de amissione servitutum juxta præscriptum *l. ult. de legib.* quod observavit in usufructu *tit. seq.* et passim in *hoc libello.* Suppleamus ergo quod *hic* deest. Amittitur servitus primum soluto jure auctoris, verbi gratia, si rei sub conditione legatæ imposita sit, et conditio extiterit, *l.* 11. §. 1. *quemadm. serv. am. l.* 105. *de condition. et dem.* quippe reso-

(1) *L.* 14. cum *seq. tit.* 31. *P.* 3.

suto jure dantis resolvitur jus accipientis, ut notatur in *l.* 31. *de pignoribus*. Amittitur secundo remissione, tum aperta, *l.* 14. §. 1. *de serv.* tum tacita; puta si permisero domino fundi servientis in loco serviente id facere, quo servitus impediatur, *l.* 8. *quemad. servit. am.* (1).

7 Tertio amittitur confusione, cum prædia confusa sunt, sive cum idem utriusque prædii dominus esse cœperit, *l.* 3. *de servit. præd. urb.* (2). Quod si partem tantum prædii nactus sim, quod mihi, aut cui ergo serviam, placet servitutem non confundi, *l.* 18. *l.* 23. §. *ult. de serv. præd. rust.* Sed et si cum mihi per plurium fundos servitus deberetur, unum tantum, atque alterum, non omnes acquisiero, servitus per cæteros retinetur, *l.* 15. *quem. serv. am.* Postremo finitur etiam non utendo; si videlicet nemo servitute usus sit, neque is, cui debetur, neque possessor prædii dominantis, amicusve aut hospes &c. *l.* 20. *eod.* (3); aut si quis loco quidem usus sit, sed non jure servitutis; aut jure quidem servitutis, sed non servitute constituta, *l.* 10. §. 1. *et seq. l.* 18. *l. ult. eod.* Cæterum ita, si nemo usus sit per constitutum continuum tempus, *l.* 7. *eod. l.* 6. *de serv. præd. urb.* quod tempus est decem vel viginti annorum, *l.* 13. *C. de serv.* Enimvero si servitutis usus continuum aut quotidianum tempus non habeat, forte quia alternis annis aut mensibus constituta est, duplicato constituto tempore non utendo amittitur, *d. l.* 7. id est, adversus præsentes 20. annis, adversus absentes 40. Idemque et in longioribus intervallis pro ratione et facultate utendi statuendum. Quicunque vero aut nostro aut prædii nomine usus sit, possessor, mercenarius, hospes, amicus, colonus, fructuarius, retinebimus servitutem, *d. l.* 20. et 4 *seqq. quemad. serv. am.*

8 Ad urbanarum servitutum amissionem etiam aliud præterea requiritur: has enim placet non aliter perire non utendo, quam si vicinus simul libertatem ædium suarum usuceperit; veluti in servitute altius non tollendi, si per statutum tempus altius sublatum habuerit ædificium, *d. l.* 6. *de serv. prædior. urb.* (4). Hoc ita tam varie, quia cum rusticarum usus positus sit in solo exercitio et facto ejus, cui debentur; solum quoque ejus non usum placet sufficere ad amittendam tempore servitutem. Contra urbanæ, quia nihil exercitii habent, sed in sola ejus, qui debet, patientia consistunt, non utendo amitti nequeunt, ideoque non sufficit sublatum esse opus, quod servitutis retinendæ causa habeatur, nisi simul is quis servit, hac occasione utens ad libertatem rei suæ usurpandam aliquid contra servitutem moliatur in suo, ut eleganter D. Con-

(1) *L.* 19. *d. tit.* 31. *P.* 3.
(2) *L.* 17. *vers.* La otra *eod.*
(3) *L.* 16. *eod.*
(4) *D. l.* 16.

nan. 4. *comm.* 12. Vide tamen Harprect. *hoc text.* à *num.* 33. ubi hanc, aliasque plures hujus differentiæ rationes refert, atque impugnat, et nullam aliam assignari posse contendit, quam generalem illam à Juliano traditam in *l.* 20. *de legib.* videlicet *Non omnium, quæ à majoribus constituta sunt, ratio reddi potest.* Et sane in servitute *altius tollendi*, ratio modo memorata locum non habet.

9 "In Hispania *lex* 15. *tit.* »31. *P.* 3. expresse distinctionem »facit quoad tempus constituen»di seu acquirendi servitutes, »inter continuas et discontinuas, »statuens illas præscribi tempore »ordinario 10. vel 20. annorum: »discontinuas vero tempore im»memoriali. Vid. Gomez 2. *re»sol.* 15. *num.* 26. cum *seq.* Mo»lin. *de just. et jur. tract.* 2. *disp.* »70. Recte autem monet idem »Gomez *n.* 28. hanc doctrinam »locum habere, quando agitur de »præscribenda servitute discon»tinua absque ullo titulo: hoc »vero interveniente 10. vel 20. »annos labi sat fore. Servitus con»tinua illa dicitur: *Cujus actus »seu usus, quantum ex se est, »perpetuo et continue durat*, ut »servitus aquæductus, tigni im»mittendi, oneris ferendi, et si»miles. Discontinua illa est: *Cu»jus usus non est continuus*, *sed »positus in hominum actionibus, »quæ interruptu fient*, ut servi»tus itineris, actus, viæ, cum »similibus. Illæ vero servitutes »quarum actus, quia à naturali »causa pendent, perpetui et con»tinui non sunt; forent tamen, »si causæ naturales concurrerent, »utputa stillicidium, quasi con»tinuæ appellantur, et regulas »continuarum sequuntur, Molina »*d. tract.* 2. *disp.* 70. Gomez *ubi »supra d. num.* 20."

10 »In servitutum amissione »distinctio quoque est in His»pania inter servitutes continuas »et discontinuas per non usum »amittendas, dum illæ tempore »immemoriali; istæ vero 20. »annis amittuntur, *l.* 16. *d. tit.* »31. *et ibi* Greg. Lopez *gloss.* »5. Molin. *d. tract.* 2. *disput.* »70. *in fin.* Itaque servitutes »continuæ breviori tempore præ»scribuntur seu acquiruntur, et »longiori amittuntur, quam di»scontinuæ. Quod de rusticis »duntaxat intelligendum: quia »omnes servitutes urbanæ amit»tentur non utendo per tempus »ordinarium 10. vel 20. anno»rum, si modo debitor aliquo »facto libertatem usuceperit, ut »paulo ante vidimus in *vers. Ad »urbanarum* ex *dict. l.* 16. quam »in margine laudavimus."

TITULUS QUARTUS.

DE USUFRUCTU.

D. Lib. 7. *Tit.* 1. *C. Lib.* 3. *Tit.* 33. (1).

1 Hactenus de servitutibus rerum sive prædiorum: sequuntur servitutes personarum, sic dictæ, quia sunt jura personæ in aliena re constituta; siquidem ex re, cui servitus debetur, distinctio ista servitutum petita est, ut ostendimus initio *tit. præced.* Species servitutum personalium multæ sunt et variæ. Etenim sciendum est, etiam jura, quæ natura sua realia sunt, ita constitui posse, ut ex ea constitutione personæ tantum acquisita esse intelligantur, veluti si in constituendo persona demonstrata sit, cui soli ea præstentur *l.* 4. *de servit. præd. rust. l.* 14. §. *ult. de alim. leg.* vel si constituta sint ei, qui prædium non habet, aut non habet vicinum. Cæterum hæ et similes servitutes personales innominatæ sunt et irregulares; nisi eas ad usum referas ad certum modum constitutum, cum D. Donell. 11. *comm.* 1. Nominatarum autem et vulgarium tres duntaxat species sunt, ususfructus, usus et habitatio. Operæ enim servorum vix est, ut servitutibus personalibus adnumerari possint, tum quia non ex persona ejus, cui debentur, sed ex persona operarii æstimantur, hoc est, ex persona ejus, qui eas præstat, aut stant, aut intereunt, nec capitis deminutione vel non utendo amittuntur; *l.* 2. *de oper. serv. l.* 2. *de usu, et usufr. et red. &c.* quod et nomen operarum satis ostendit; et totæ in actu et ministerio hominis consistunt, *l.* 1. *d. tit. de oper. serv.* Hotom. *illustr. quæst.* 41. Cujac. 7. *ad African. ad l.* 37. *hoc tit. de usufr.* Cæterum in plerisque usum vel usumfructum imitantur, *l.* 3. *l.* 4. *de oper. serv. l.* 2. *de usu, et usufr. et red. &c. l.* 5. §. *ult. usufr. quem. cav.* Ex tribus autem istis, quas dixi, princeps species est ususfructus: deque eo solo *hoc titulo agitur*: de usu et habitatione *titulo seq.*

TEXTUS.

Definitio ususfructus.

Ususfructus est jus alienis rebus utendi fruendi, salva rerum substantia. Est autem jus in corpore, quo sublato et ipsum tolli necesse est.

(1) *Tit.* 31. *P.* 3.

COMMENTARIUS.

1 (*Jus alienis rebus utendi fruendi &c.*) Ex Paulo *l.* 1. *hoc tit.* Ait, *est jus*, respectu scilicet ejus, cui constituitur: quia usumfructum definit habito respectu ad personam, cui debetur, tanquam præcipuam, ut et cæteræ servitutes definiri solent, ut patet in definitionibus itineris, actus et viæ. Verbum autem *jus* dum adjungitur verbis faciendi, ut in hac definitione, in usu perpetuo juris et omnium latine loquentium, potestatem sive facultatem significat.

2 (*Utendi fruendi*). Forma et finis. Duo autem hæc fere conjungi solent, uti frui, licet fructui usus insit, nec intersit, fructus, an ususfructus legetur, *l.* 14. §. 1. *de usu et hab. l. antep. de usu, et usufr. et red. &c.* nisi corpus, non jus demonstrare volumus, *l.* 43. *de evict.* His autem verbis à fructuario removetur jus omne in rem, præter usum et fruitionem; rei fructuariæ alienatio, mancipiorum manumissio, proprietatis oppigneratio, *l.* 6. *l.* 9. *C. hoc tit.* (1). Jus utendi hoc tribuit fructuario, ut rem fructuariam tractare et exercere possit ad usum et commoditatem suam, ut tamen id faciat secundum rei conditionem, eamque exerceat ad eum usum, ad quem natura, aut patrisfam. instituto parata est. Etenim ædibus ut ædibus utendum ad inhabitandum, fundo ad fructum capiendum, servis ad operas, vestimentis ad induendum, cæteris rebus secundum suam naturam; extra quam qui utitur, abutitur: quod latius explicatur *l.* 13. §. *ult. l.* 15. §. 1. *et seq. eod.*

3 Jus fruendi ei hoc tribuit, ut fructus omnes percipere possit, et percipiendo sibi acquirat, non naturales tantum, qui ex re fructuaria proveniunt, sive sponte, sive opera fructuarii; verum etiam civiles, qui per causam rei obveniunt; puta pretium venditionis, vecturas, mercedes locationis &c. In summa omnis redditus, omnis obventio, omnis utilitas, commodum omne, quod vel ex ipso corpore sive re fructuaria, vel occasione ejus percipitur, fructuarium sequitur, *l.* 7. *l.* 9. *hoc tit.* (2). Atque hinc recte colligunt DD. usufructu castri sive jurisdictionis concesso, posse usufructuarium antiquas investitúras renovare, Menoch. *lib.* 2. *cons.* 66. ad eum pertinere multas et pœnas pecuniarias, emolumenta sigilli et officialium, Joan. del Castill. *tractat. de usufruct. cap.* 36. *num.* 29. legato usufructu universitatis bonorum, cui jus patronatus annexum sit, jus præsentandi fructuario competere, Menoch. *d. cons. num.* 6. Castill. *d. cap.* 36. *num.* 35. ad usufructuarium proprietatis pertinere non tantum canonem annuum, sed etiam, si stante usufructu res emphyteutica alienata sit, laude-

(1) *L.* 20. *tit.* 31. *P.* 3. *vers.* E este.

(2) *D. l.* 20. *vers.* E este.

mium, Castill. *d. cap. n.* 45. De commodis, quæ fructuarium sequuntur, qui plura nosse desideret, adeat Donell. 10. *comm.* 7. et 8. Castill. *cap.* 36. *et* 37. *tract. de usufr.*

4 Habet et colonus facultatem utendi fruendi re aliena: cæterum jus tantum habet ad rem, et in personam locatoris, hoc est, locatorem ex contractu tantum sibi obligatum habet ad hoc, ut præstet uti frui licere, unde et illi actio eo nomine in personam duntaxat competit ex conducto, *l.* 15. *locat.* jus autem in rem, et quod proprium ejus dici possit, de quo hic quæri constat, nullum habet: quippe quod non acquiritur, nisi traditum ex justa causa, ex qua et dominium transferretur, cujusque tuendi et obtinendi causa ad exemplum dominii vindicatio seu confessoria in rem actio prodita est §. 2. *infr. de act.* Eadem et de legatario proventus annui dici possunt. Sed et hic ipse non fruitur, sed per manum hæredis reditum accipit, *l.* 38. *de usu, et usufr. et red. &c. l.* 21. *pr. de ann. leg.* Hotoman. 1. *illustr.* 24. Castill. *dict. tract. cap.* 4. *et* 5.

5 (*Rebus alienis*). Materia. Estque hoc commune omnium servitutum, ut sint in alieno: neque enim res sua ulli servit, *l.* 26. *de serv. præd. urban. l.* 5. *si ususfr. pet.* (1). Recte, inquis: at non ideo recta definitio, cum non omnis ususfructus servitus sit, et in re aliena. Duo enim, inquies, sunt genera ususfructus. Est quidam separatus à proprietate, quem quod per se consistat, et formam propriam habeat separatam à proprietate, *formalem* Glossa et DD. vocant: est et alius conjunctus cum proprietate, qui quia competit ex causa proprietatis, *causalis* vulgo appellatur. Quæ genera indicantur in *l.* 21. §. 3. *de exc. rei jud. et alibi.* Illum quidem dices habere eum, qui dominus non est, in re aliena: hunc autem habere dominum in re sua; ac proinde non posse non vitiosam esse definitionem, quæ minus contineat, quam definitum, videlicet alterum genus duntaxat, usumfructum formalem.

6 Hæc objectio ne quem moveat, observandum est, verbo *ususfructus* simpliciter aut absolute enuntiato, in toto fere jure, et maxime in quæstione et tractatione de servitutibus, eum solum intelligi, qui à proprietate separatus est, non eum, qui alicujus est jure proprietatis; formalem, non causalem; eum, qui servitus est, non qui pars est juris dominici: quemadmodum appellationibus itineris, actus, viæ, aquæductus tunc solum in jure utimur, cum ista per se habentur sine jure proprietatis: atque ex hoc usu definitionem ita conceptam esse, ut formali tantum conveniat, qui ut solus servitus est, ita et in re aliena solus habetur. Neque vetus ista et magistralis distinctio ususfructus in formalem et causalem vera est, et genuina generis

(3) *L.* 13. *tit.* 31. *P.* 3.

in species divisio, neque pro ea à DD. venditatur: sed potius distinctio nominis in sua significata. Vide Wesemb. *parat. hoc tit. n.* 4. Castill. *d. tract. cap.* 1. *num.* 16. Gom. 2. *resol.* 15. *num.* 2. *et* 3.

7 Quod si porro quis urgeat, et usumfructum etiam separatum in re fructuarii esse contendat, quia pars dominii dicitur in *l.* 4. *hoc tit.* in promptu responsio est, partem dici, non quod revera pars sit, cum sit servitus, *l.* 25. *verbor. sign.* sed quia in multis casibus, quos exprimit Paul. *d. l.* 4. vice partis fungitur, eodemque jure, quo dominium censetur, propter emolumentum, quod continet, *l.* 66. §. 6. *de legat.* 2. et nimirum dictum hoc accipiemus per comparationem cæterarum servitutum, quæ cum dominio tantam affinitatem non habent. Eo pertinet, quod in venditione bonorum etiam usumfructum venire Ulpian. scribit, quia appellatione domini fructuarius quoque contineatur, sententia scilicet edicti, *l.* 8. *in princ. de reb. auct. jud. poss.* quod fructuario de damno infecto caveatur, *l.* 13. §. 8. *de damn. inf.* quod ad eum pertineat interdictum unde vi, *l.* 3. §. 13. *de vi, et de vi arm.* quod ususfructus pro parte divisa vel indivisa constitui potest, *l.* 5. *hoc tit.*

8 Postremo ut demus, usufructuarium respectu juris, quod habet, vere dominum dici posse, semper tamen in re aliena jus suum exercet. Quamobrem neque maritus, neque hæres fiduciarius, neque emphyteuta definitione continentur: quippe quorum omnium res ipsa propria est; quaque illi utuntur jure dominii; quod habent, non jure ususfructus à dominio separati.

9 (*Salva rerum substantia*). Id est, si Theophilo et Giphanio credimus, quandiu res salvæ manserint. Ego vero hoc amplius hac adjectione proprium seu modum indicari arbitror, ut intelligamus, fructuarium ita uti et frui debere, ut rem salvam servet domino: ac proinde hac clausula fructuarium prohiberi, tum rem consumere causamve proprietatis deteriorem facere (1), tum in aliam formam rem transmutare. Finge igitur, ovium usumfructum relictum esse; non debet fructuarius eas occidere, ut carne vescatur: hoc enim pugnat cum natura ususfructus. Cui fundi ususfructus legatus est, non debet arbores frugiferas excidere, neque villam diruere, nec quidquam facere in perniciem proprietatis, *l.* 13. §. 4. *hoc tit.* Sed et si agrum non proscindat, vites non subserat, aquæductus corrumpi patiatur, non intelligitur, salva substantia, re uti, *d. l.* 13. §. 2. (2) Ædium usufructu legato non mutabit diætas vel atria, non diruet et ædificabit nova, *d. l.* 13. §. 7. nec si meliorem domini causam faciat, *l.* 7. *in fin. l.* 8. *l.* 44. *eod.* Nam quod traditum est, posse fructuarium causam proprietatis meliorem facere, *d. l.*

(1) *L.* 20. *titul.* 31. *P.* 3. *vers.* Pero.

(2) *L.* 22. *d. tit.* 31. *P.* 3.

13. §. 4. hoc sic temperandum est, dum id faciat excolendo quod invenit, qualitate rei non immutata, *d. l.* 13. §. 7.

10 Ut igitur dominus securus esse possit de proprietate, desiderante eo, fructuarius cavere cogitur, et usurum se boni viri arbitratu, et cum ususfructus ad eum pertinere desinet, restituturum quod inde extabit, *d. l.* 13. *in pr. l.* 1. *et tot. tit. usufr. quemad. cav.* quæ cautio satisdatio est; *d. l.* 13. *l.* 7. *usufr. quem. cav.* (1), atque appellari solet *cautio fructuaria* et ad omnem usumfructum, omnemque fructuarium (excepto patre fructuario adventitiorum, *l. ult.* §. 4. *C. de bon. quæ lib.* item fisco, per *l.* 1. §. 18. *ut leg. nom. cav.* et casu, *l.* 9. §. 2. *usufr. quem cav.* et donatore omnium, aut partis bonorum retento usufr. per *l.* 19. §. 1. *de re jud.* cum *simil.*) pertinet, *d. l.* 13. *l.* 1. §. 1. *et* 2. *usufr. quemad. cav.* In tantum autem necessaria est, ut nec à testatore remitti possit, *l.* 7. *C. ut in poss.* ne scilicet amoto cautionis metu fructuarius invitetur ad delinquendum, et pro libidine sua in re fructuaria grassandum: sententia, ac ratio communis: vid. Gail. 2. *obs.* 145. Joann. Castill. *tract. de usufr. cap.* 15. qui etiam aliam rationem affert, quod remissio illa quodammodo cum natura ac fine ususfructus legati pugnare videatur. Illud *eodem loco* idem recte notat, remissione cautionis facta à testatore non vitiari ipsum legatum ususfructus, sed eam pro non scripta habendam esse, *l.* 6. *ut in poss. leg.* Quod si cautio à testatore remitti non potest, nec poterit confectio inventarii, vel saltem descriptio bonorum, quæ est necessarium cautionis antecedens, Castill. *d. loco* post DD. comm. Plane ut cautio ab hærede remitti possit, rationis est, Accurs. Gail. *d. observ.* 145. Castill. *d. loc. num.* 16. Putarem tamen, remissionem non obstare hæredi, quominus cautionem postea ex causa exigat; ut hæc remissio tacitam in se habeat conditionem, si recte utatur fructuarius.

11 Quod si fructuarius cavere non possit, eo quod propter inopiam fidejussorem idoneum non inveniat, ¿an non humanum est, eum admitti oblata cautione juratoria? Aut si eo modo non satis prospectum videbitur proprietario, ¿an non res fructuaria apud virum bonum sequestranda est, aut eam retinere proprietarius poterit, qui contra fructuario recte caveat, ne pereat ultima voluntas defuncti? Placet in magna varietate eorum sententia, qui totam hanc rem boni Judicis arbitrio permittendam censent, qui ex personis et re, de qua agitur, tum ex facultatibus fructuarii dispiciat, et constituat, quid in proposito debeat fieri, utrum cautio juratoria à proprietario recipienda (ad quod tamen non facile eum compellet), an vero apud virum honestum res deponi, vel apud ipsum proprietarium remanere debeat, ut in omnem eventum et

(1) *D. l.* 20. *eod. vers.* Pero, cum *seq.*

proprietario satis consultum sit, et fructuarius commodum percipiat, quod eum percipere omnimodo testator voluit. Licebit hic usurpare illud Ulpiani in *l.* 2. §. 5. *in fin. de aq. et aq. pluv. arc. Hoc æqaitas suggerit, etsi jure deficiamur:* add. Castill. *d. tract. cap.* 18. *n. ult.* Gail. 2. *observ.* 47. Myns. 6. *observ.* 48. Fachin. 8. *contr.* 40. Sunt et alia onera, quæ fructuario incumbunt: de quibus vid. §. 38. *supr. de rer. div.* Hoc amplius etiam onera prædiorum agnoscere cogitur, ut tributa, vectigalia, pensitationes, quæ prædiis imponuntur, *l.* 7. §. 2. *l.* 27. §. 3. *hoc tit.* (1). Vid. Castill. *d. tract. cap.* 56. *et seq.*

12 (*Est autem jus in corpore, quo sublato*). Sublatum *hic* accipimus non omnino quod penitus et totum periit, sed quod esse desiit id, quod ante fuit: cujus pristina facies mutata, quod ita vel ampliatum vel minutum est, ut in aliam speciem et nomen transierit, *l.* 5. §. *penult.* et deinceps, usque ad *l.* 13. *quib. mod. ususfr. vel us. am.* (2). Quod si totum corpus tollatur, ne dominium quidem proprietasve remanet. De mutatione rei fructuariæ plenius disputamus ad §. 3. *hoc tit. in calce.*

TEXTUS.

Quibus modis constituitur.

1 *Ususfructus à proprietate separationem recipit, idque pluribus modis accidit: ut ecce, si quis usumfructum alicui legaverit: nam hæres nudam habet proprietatem, legatarius vero usumfructum. Et contrà, si fundum legaverit deducto usufructu, legatarius nudam habet proprietatem, hæres vero usumfructum. Item alii usumfructum, alii, deducto eo, fundum legare potest. Sine testamento vero si quis velit usumfructum alii constituere, pactionibus et stipulationibus id efficere debet* (3). *Ne tamen in universum inutiles essent proprietates, semper abscedente usufructu, placuit certis modis extingui usumfructum, et ad proprietatem reverti.*

COMMENTARIUS.

1 (*Pluribus modis*). Ususfructus non uno modo à proprietate separatur, et alteri acquiritur. Nam et à lege quibusdam personis constituitur, ut patri in bonis filii adventitiis, *l.* 6. *l. ult. C. de bon. quæ lib.* §. 1. *infr. per quas pers.* (4): item patri emancipatori in parte dimidia bonorum adventitiorum filii emancipati, *d. l.* 6. §. 3. *C.* et §. 2. *infr. d. tit.* et à Judice in judiciis familiæ erciscundæ et communi dividundo, per adjudicationes scilicet et condemnationes; si res divisionem commode non recipiant, *l.* 6. §. 10. *com. div. l.* 16. §. 1. *fam. erc.* Usu quoque nostro et longa quasi possessione, sicut reliquæ servitutes, et

(1) *L.* 22. *d. tit.* 31. *P.* 3.
(2) *L.* 25. *eod.*
(3) *L.* 20. *d. tit.* 31. *P.* 3.
(4) *L.* 5. *tit.* 17. *P.* 4.

ususfructus nobis acquiritur.

2 (*Ut ecce*). Formas legandi, quibus ususfructus constituitur et à proprietate separatur, tres perspicue explicat; in quibus notandum, verba illa *deducto usufructu* non esse otiosa, sed expressa consulto, ut et in *d. l. 6. hoc tit. l.* 4. *si ususfr. pet.* Nam si uni ususfructus, alteri fundus simpliciter legetur, nominatim, non expresso, *detracto usufructu*, ambo in usumfructum concurrent, *l.* 19. *de usu et usufr. et red. &c. l. 6. de usufr. ear. rer.* Neque obstat quod traditur *d. l.* 16. §. 1. *fam. ercisc.* si Judex alii fundum, alii usumfructum adjudicaverit, non communicari usumfructum. Nam in judiciis divisoriis hoc agitur, ut à communione discedatur, *l.* 1. *eodem tit.*

3 (*Pactionibus et stipulationibus*). Quod de servitutibus prædialibus diximus, eas non acquiri pactionibus solis sine facto aliquo, quod traditionem repræsentet, hoc non minus ad acquisitionem ususfructus pertinet, *l.* 5. *de serv. l.* 3. *hoc tit. l.* 3. *de obl. et act.* arg. *l.* 20. *C. de pact.* Nam in universum tenendum est, quibus in causis ad rem corporalem acquirendam requiritur traditio, in iisdem, et ad res incorporales acquirendas requiri, quatenus fert earum rerum natura: ut in proposito traditus ususfructus intelligitur, si dominus, à quo est, usufructuarium inducat in fundum, eumve patiatur uti frui, *d. l.* 3. *hoc tit.* Testamento autem constituitur ususfructus ipso jure, ut hic ad acquirendum jus in re et vindicationem, non desideretur traditio hæredis, sed nuda voluntas sufficiat testatoris. Quod jure quidem veteri obtinebat duntaxat, cum ususfructus legatus erat per vindicationem: nam per damnationem legatus facto hæredis præstabatur, teste Paulo 3. *sent.* 6. At hodie idem utriusque legati effectus post exæquationem juris omnium legatorum, §. 2. *infr. de legat. l.* 1. *C. comm. de legat.* De legato per damnationem usufructu, accipe *l.* 3. *hoc tit. l.* 2. *si usufruct. pet.* de legato per vindicationem *l.* 34. §. *gen. de legat.* 1. *l.* 25. §. *ult. hoc tit.*

TEXTUS.

Quibus in rebus constituitur.

2 *Constituitur autem ususfructus non tantum in fundo, et ædibus, verum etiam in servis, et jumentis, et cæteris rebus* (1): *exceptis iis, quæ ipso usu consumuntur: nam hæ res neque naturali ratione, neque civili recipiunt usumfructum: quo in numero sunt vinum, oleum, frumentum, vestimenta: quibus proxima est pecunia numerata, namque ipso usu, assidua permutatione quodammodo extinguitur. Sed utilitatis causa Senatus censuit, posse etiam earum rerum usumfructum constitui, ut tamen eo nomine hæredi utiliter*

(1) *L.* 20. *tit.* 31. *P.* 3. *vers.* La primera.

caveatur. Itaque si pecuniæ ususfructus legatus sit, ita datur legatario, ut ejus fiat, et legatarius satisdet hæredi de tanta pecunia restituenda, si morietur, aut capite minuetur. Cæteræ quoque res ita traduntur, legatario, ut ejus fiant: sed æstimatis his, satisdatur, ut si moriatur, aut capite minuatur, tanta pecunia restituatur, quanti hæ fuerint æstimatæ. Ergo Senatus non fecit quidem earum rerum usumfructum (nec enim poterat) sed per cautionem quasi usumfructum constituit.

COMMENTARIUS.

1 *Hoc* §. agitur de rebus, in quibus ususfructus constitui potest. Et sciendum est, in rebus omnibus, unde aliqua utilitas aut commoditas qualiscumque percipi potest, usumfructum constitui posse, sive immobiles sint, ut domus, fundus; sive mobiles, ut mancipia, jumenta, supellex &c. in quo differt ususfructus á servitutibus realibus, quæ tantum in prædiis consistunt. Sed et rerum incorporalium ususfructus constitui potest, veluti nominum, *l. 3. de usufr. ear. rer.* ut fructuarius rem consecutus ea utatur. Potest et jurisdictionis, quam patrimonialem vocant, ut fructuarius et multas et pœnas pecuniarias tanquam fructus jurisdictionis percipiat.

2 Solæ excipiuntur res, quas utendo consumi necesse est, cujusmodi sunt vinum, oleum, frumentum, cæteræque res, quæ pondere, numero, mensura constare, et in genere suo functionem recipere dicuntur; *inf. pr. quib. mod. re cont. obl. l. 2. de rebus cred.* Has res, ait Imperator, neque naturali, neque civili ratione usumfructum recipere: scilicet hæc est natura ususfructus, jusque de eo constitutum, ut sit in re aliena, sive penes eum, qui dominus rei fructuariæ non sit, isque jus habeat ea re utendi, fructusque ab ea separandi, aut commoda ob causam rei obvenientia percipiendi, ita ut interim res ipsa, cujus proprietas apud alium est, salva et integra maneat, caveatque fructuarius, se eam finito usufructu restituturum: quorum nihil in res consumptibiles, hoc est, eas, quæ usu ipso consumuntur, et pereunt, cadere posse manifestum est: quippe cum ex iis nulla utilitas percipi queat, nisi consumantur.

3 (*Vestimenta*). Temere atque inconsiderate Tribonianus inter res, quæ usu consumuntur, refert vestimenta. Non enim quæ longiore usu atteruntur, et detritu deteriora fiunt, usu consumi dicuntur; sed quæ utendo protinus tolluntur et delentur, quarumque non nisi in abusu usus est. Alioqui eadem ratione dicendum esset, mobilia fere omnia atque utensilia, præsertim lintea, ut mappas, mantilia, toralia, eodem numero habenda; atque ut vestimentorum, ita et harum rerum non verum, sed quasi usumfructum vere: quod nemo dixerit; neque Ulpian. *l. 1. de usufruct. earum rerum quæ us. cons.* cum ait, earum rerum quasi usumfru-

ctum esse, quæ usu tolluntur vel minuuntur, intelligit res, quæ usu deteriores fiunt, sed quæ per partes consumuntur, veluti si cui ususfructus aliquot modiorum frumenti legatus sit.

4 Ea propter usufructu vestimentorum legato, non dabuntur ea legatario, ut ejus fiant, ut pro libitu ea consumere, iisve abuti possit, uti fit legato usufructu rerum fungibilium: sed ut iis utatur, quomodo vir bonus uteretur, *l.* 15. §. 4. *hoc tit.* quod veri ususfructus proprium esse, ostendit prima clausula cautionis, quæ in vero usufructu desideratur, *l.* 1. *usufruct. quem. cav.* neque satisdabit legatarius, se ejusdem generis vestes finito usufructu restituturum, aut earum æstimationem, ut fit in usufructu earum rerum, quæ usu consumuntur, *l.* 7. *de usufr. ear. rer.* sed rem ipsam et speciem, quam accepit, *l.* 9. §. *pen. usuf. quem. cav.* juxta alteram clausulam cautionis in vero usufructu receptæ. Neque enim hac parte cautionis continetur, ut promissor rem restituat non deteriorem, quam erat tempore constituti ususfructus: satis enim est, si dolo aut culpa ejus deterior facta non sit; nulla vero culpa in illo est, qui eo quod accepit, utitur in eam rem, in quam accepit, ut responsum est de re commodata deteriore reddita sine culpa commodatarii, *l.* 10. *in princ. commod.* ideoque liberatur restituendo corpus, quod superest, aut post usum extat: unde et in proposito formula cautionis non de re ipsa restituenda, sed de eo, quod inde extabit, fere concipi solet, *l.* 1. *in pr. et* §. *ult. usufr. quem. cav.* Sed etsi cautum sit de re ipsa restituenda, idem tamen juris est, ut in hac ipsa specie, quam tractamus, Ulpianus ex Pomponio refert, *d. l.* 9. §. *penult. usufr. quem. cav.*

5 Accursius errorem Triboniani duplici commento tegere conatur, uno in *d. l.* 15. §. 4. *hoc tit.* altero ad *hunc* §. Illic, ut ex verbis ejus colligitur, interesse existimat, utrum vestimentorum ususfructus legatus sit tanquam quantitatis, hoc est, æstimatorum; an vero simpliciter, ut cujusvis alterius corporis. Hoc casu fatetur, verum usumfructum relictum esse, et restitutione ejus, quod finito usu superest, legatarium liberari, per *d. l.* 9. §. *pen. usufr. quem. cav.* Illo autem casu quasi usumfructum vestium legatum videri, finitoque usufructu reddendam esse æstimationem: quod et Aretin. et Fab. sequuntur, eoque referunt *hunc* §. At hoc posito, jam non tam vestium, quam ipsius pretii quasi ususfructus erit, quod idcirco et solum restituendum, non vestes ejusdem generis: potestque hoc usu venire et in aliis rebus æstimato utendis fruendis datis, haud absimili ratione qua species æstimari et in causam mutui converti possunt, *l.* 11. *de reb. cred.* Hoc igitur parum pro Tribonian. facit. Locus ipse, unde distinctionem istam collegit Accursius, mendosus videtur, nempe *d. l.* 15. §. 4. *hoc tit.* Neque enim dubito, quin verba illa: *Non sicut quantitatis ususfructus lega-*

tur, irreptitiá sint, et ab imperito aliquo glossatore profecta, volente gratificari Triboniano: nam et constructionem turbant et perplexum efficiunt sensum.

6 Alterum, quod Accursius ad defensionem Triboniani comminiscitur, est in explicatione *hujus* §. ubi duo genera vestium facit: unum temporalium; alterum perpetuarum: atque inter hæc genera hoc discrimen ponit, quod in temporalibus fictus, in perpetuis verus ususfructus consistat. Temporalium (de quibus solis *hic* Tribonianus loquatur) appellatione intelligit quotidianus: perpetuarum, funebres et scenicas; quarum rarior usus. Verum inter quotidianæ et scenicæ vestis usumfructum hoc tantum interesse docet Ulpianus in *d. l.* 15. §. 4. *et seq.* quod scenica à fructuario locari possit; quotidiana non item: sed hoc aliam habet rationem: quia nempe vir bonus hujus generis vestes non locat.

7 (*Quodammodo extinguitur*). Recte, *quodammodo*; non enim ut vinum, oleum, frumentum utendo, ita pecunia permutando absumitur, et revera ac naturaliter perit. Ut enim pecuniam maxime cum re permutemus, solvamus, donemus alii; semper tamen manent ipsa corpora nummorum, nec usu delentur. At si spectamus eum, qui pecunia utitur alienando et expendendo, vi ipsa illi eo usu consumitur et perit. Tam enim eo casu dominus ac possessor esse desinit, quam si consumpsisset. Inter res, quæ usu consumuntur, numerandæ etiam, quibus utimur ad medicamenta, ut pharmaca et odores, *l. pen. de usufr. ear. rer.* Item quarum ita usus est ad res alias conficiendas, ut nisi mutatæ ad eas res conferantur, ipsæ per se prope sint inutiles: qualis est lana, qua ad vestimenta et stragula conficienda utimur, *d. l. pen.* ad quas res si confertur, ipso usu eam perire necesse est: quippe quæ prius nenda et in filum transformanda, deinde ex filo texendum id corpus, quod inde extare volumus, *l. 26. de adq. rer. dom.*

8 (*Utilitatis causa Senatus censuit*). *L.* 1. *et* 2. *de us. ear. rer.* Quo latior esset morientium voluntas, effectum est senatusconsulto, ut earum quoque rerum, quæ usu consumuntur, quasi quidam ususfructus constitui possit, utque illi, qui nollent, hujusmodi res pleno et perpetuo jure esse legatarii, usufructu earum legato id consequerentur.

9 Obiter addo, generaliter cautum senatusconsulto fuisse, ut omnium rerum, quæ in bonis sunt, ususfructus legari possit, *l.* 1. *l.* 3. *de usufr. ear. rer.* atque ex eo tempore, usufructu bonorum omnium legato, etiam earum rerum, que usu consumuntur, usumfructum legato contineri, intelligi cœpisse, arg. *l.* 37. *de usu, et usufruct. et red. &c. l.* 1. *C. de usufruct.* cum ante id senatusconsultum alio jure Romani uterentur, ut constat ex loco M. Ciceronis in *Top. cap.* 3. ubi scribit: *Non debet ea mulier, cui vir bonorum suorum usumfructum legaverit, cellis vinariis et olea-*

riis plenis relictis, putare, id ad se pertinere. Usus enim, inquit, *non abusus relictus est.* Add. Castill. *tract. de usuf. cap.* 38. *nn.* 10. *et* 11. Menoch. *lib.* 4. *de præsumpt.* 142. *n.* 14. Plane si rerum mobilium duntaxat ususfructus relictus sit, res fungibiles legato non contineri, verius est, Castill. *dict. loc.*

10 (*De tanta pecunia restituenda, si morietur, aut capite minuetur*). Cautio quasi fructuaria duas partes habet, quarum una est de restitutione, altera de restitutionis modo. Quippe clausula cautionis fructuariæ de utendo boni viri arbitratu ad quasi usumfructum non pertinet, ut recte Castill. *d. tract. de usuf. cap.* 15. *nn.* 13. *et* 31. Ad restitutionem quod attinet, promittit fructuarius, se restituturum non eadem corpora, quæ accepit, quod consumptis iis fieri non potest: sed tantundem, sive pecuniæ ususfructus relictus sit, sive vini, olei, frumenti, aut similium rerum. Cæterum ut obviam eatur contentioni, quæ de rei qualitate incidere posset, commodius est in vino et rebus similibus, eas res dari fructuario æstimatas, eumque certæ pecuniæ nomine cavere, *l.* 7. *hoc tit.* atque ita moderandum quod ait Justinianus, *his rebus æstimatis satisdari.* Pars hæc cautionis vel maxime facit, ut in his rebus velut quidam ususfructus haberi incipiat. Nam quod res restitui debet, videtur aliena; et quod tantundem, videtur restitui res ipsa. Sunt enim hæ res ejus naturæ, ut in genere suo unctionem recipiant, hoc est, idem inter se mutuo præstent, dum idem genus redditur, *l.* 2. §. 1. *de reb. cred.*

11 Pars altera hujus cautionis est conditio restitutionis, quæ hunc usumfructum etiam à mutuo separat. Ea hæc est: *Si usufructuarius morietur, aut capite minuetur.* Soli enim hi duo casus interponuntur, mortis, et capitis deminutionis: quoniam rerum, quæ usu consumuntur, usus aliter amitti non potest, *l.* 7. §. 1. *usufruct. quemadmod. cav.* Nam cum harum rerum proprietas in fructuarium transeat, et hoc agatur, ut pro arbitratu suo iis utatur, et non easdem, quas accepit, sed alias ejusdem qualitatis restituat, non potest hic non utendo, interitu aut mutatione rerum ususfructus extingui. Capitis autem deminutionem accipiemus maximam et mediam duntaxat post constitutionem Justiniani in *l. pen.* §. *ult. C. hoc tit. de usuf.* de qua *infr.* § 3. *hoc tit.* latius loquimur.

TEXTUS.

Quibus modis finitur.

3 *Finitur autem ususfructus morte usufructuarii, et duabus capitis deminutionibus, maxima, et media, et non utendo per modum, et tempus, quæ omnia nostra statuit constitutio. Item finitur ususfructus, si domino proprietatis ab usufructuario cedatur (nam cedendo extraneo nihil agitur); vel ex contrario, si usufructuarius proprietatem rei acquisierit; quæ res consolidatio ap-*

pellatur. Eo amplius constat, si ædes incendio consumptæ fuerint, vel etiam terræ motu, vel vitio suo corruerint, extingui usumfructum, et ne areæ quidem usumfructum deberi (1).

COMMENTARIUS.

1 Quid sit ususfructus, quibus modis constituatur, quæ res usumfructum accipiant, intellectum est: restat ultimum, ut videamus, quibus modis finiatur. De vero usufructu hoc nunc quæritur. Et in universum finitur tribus ex causis. Aut soluto jure auctoris, veluti si usumfructum sub conditione legatum hæres interim alteri constituerit, et conditio extiterit, *l. 16. quibus mod. us. am.* quod et in reliquo jure à domino constituto similiter accidit, *l. 31. de pign.* quia ut monuimus in §. *ult. de servit. n.* 5. resoluto jure dantis, resolvitur jus accipientis. Aut lege constitutionis, veluti si usufructu ad conditionem vel ad diem constituto, conditio extiterit, aut dies venerit, *l. 5. l. 12. C. de usufr.* Aut natura sua, idque vel ex persona fructuarii, vel ex conjunctione ususfructus cum proprietate, vel ex re ipsa, ut ex subjectis apparebit.

2 (*Morte fructuarii*). Ex persona fructuarii triplici modo ususfructus finitur. Primum morte ejus, sicut jura omnia, quæ personæ cohærent, cum persona extinguuntur, *l. 3. in fin. hoc tit. quib. mod. usufr. vel us. am.* (2). In servo mors domini; in filio superstite post obitum patris, ipsius filii; ante mortuo, ipsius patris spectatur, quasi duplici usufructu constituto, *l. ult. C. de usufr.* Civitati aut municipibus usumfructum relictum placet centum annos durare: quia is finis vitæ est hominis longævi, *l. 57. de usufr.* (3). Enimvero si interim civitas eversa sit, aut aratrum passa, quasi morte usumfructum habere desinit, *l. 21. hoc tit.* (4). Adeo autem morte finitur ususfructus, ut licet qualicunque alia ratione amissus repeti possit, morte tamen non possit, nisi forte hæredibus legetur, *l. 5. in pr. eod.* quo facto non tam repetitur, quam novus constituitur in persona hæredum. Nec tamen si ita legatus sit, ad secundos successores pertinebit, sed primis defunctls finietur. Nam in re sui natura non transitoria ad hæredes, hæredis appellatio solum primum hæredem, non ulteriores continet, ut notant Interpp. ad *l. 65. de verb. sign.* licet in aliis contra sit.

3 (*Capitis deminutione maxima, et media*). Hic alter modus est, quo finitur ususfructus ex persona fructuarii, et finitimus præcedenti: siquidem et maxima mediaque capitis deminutione mors quædam contingit, nimirum civilis, dum illa libertatem, hæc ci-

(1) *L.* 24. cum *seq. tit.* 31. *P.* 3.
(2) *Regul.* 27. *tit. ult. P.* 7.
(3) *L.* 26. *tit.* 31. *P.* 3.
(4) *D. l.* 26.

vitatem adimit, *l.* 63. §. *ult. pro soc.* cui consequens est, non magis usumfructum his modis amissum repeti posse, quam amissum morte naturali. Olim etiam amittebatur ususfructus capitis deminutione minima, adrogatione scilicet, vel adoptione, aut emancipatione, teste Paulo 3. *sentent.* 6. §. *capitis*, et Justiniano *l. pen.* §. *ult. C. de usufr.* Atque ad hanc speciem tantum referri potest, quod de repetitione ususfructus capitis deminutione amissi legimus cum alibi, tum præsertim *l.* 3. *hoc tit. quib. mod. ususfr. vel us. am.*

4 (*Non utendo per modum*). Postremo finitur ususfructus ex persona fructuarii non utendo: et siquidem omnino non usus est, nullum dubium est, quin pereat ususfructus: sed quæritur, an et non utendo per modum recte dicatur amitti, vel potius, an talis aliquis modus utendi in constituendo usufructu præstitui possit, ad quem si non utatur fructuarius, usumfructum amittat. Et non video cur non possit. Nam si verbi causa, Titio legaverim usumfructum ædium eo modo præscripto, ut æstate habitaret, iisque habitaverit hyeme; vel si sylvæ usumfructum alicui legaverim, ut certo tempore et modo sylvam cæderet, et cæciderit alio tempore et modo, non videbitur usus, qui ad suum modum usus non est, arg. *ll.* 4. *et* 5. §. 1. *de serv. et l.* 2. *de aq. quot.*

5 Non uti autem intelligitur, qui neque per se utitur, neque per alios, qui negotia ejus gerunt, aut quibus usumfructum vendidit, locavit, gratia concessit, *l.* 38. *de usufr.* (1). ¿Quid vero si nec isti utantur? Et interest, donatarius non utatur, an emptor conductorve: nam illo casu ususfructus perit; hoc retinetur propter fruitionem pretii aut mercedis. Nam qui pretio fruitur, non minus habere intelligitur, quam qui utitur fruitur principali re, *d. l.* 38. *et* 2. *seqq.* Potest vero ususfructus et pro parte non utendo amitti, *l.* 5. *dict. tit. l.* 14. *l.* 25. *hoc tit. quibus mod. us. am.* et eum quoque qui usumfructum habet, si usus tantum sit, non etiam fruitus, placet usumfructum amittere. Cæterum hoc ita, si ignorabat, se usumfructum habere, non si sciebat, *l.* 20. *eod.*

6 (*Et tempus*). Quod diximus, non utendo finiri usumfructum, id ita est, si fructuarius usus non sit per tempus constitutum. Id tempus, cum olim brevius esset, Justinianus revocavit ad ea spatia, quæ ipse præfinivit usucapionibus, *l.* 16. *et penult.* §. 1. *Cod. de usufruct.* Igitur ex hac lege rei mobilis ususfructus amitteretur non utendo per triennium: rei immobilis per 10. annos inter præsentes, per 20. inter absentes, arg. *l. unic. Cod. de usucap. transform. et infr. de usucap. in princ.* Atque hæc sane temporum distinctio optime convenit tum rationi juris, tum sententiæ quoque ipsius Ju-

(1) *L.* 24. *tit.* 31. *P.* 3.

stiniani in *d. l. pen.* §. 1. Cæterum ipse Justinianus in *l. pen. C. de serv.* uno anno post *d. l.* 16. edita, voluit generaliter ut ususfructus annis 10. vel 20. non utendo amittatur, uti et cæteræ servitutes, ut in omnibus similis sit causa, differentiis explosis. Unde hodie breviori spatio nunquam finietur, ut tenet Glossa in *d. l.* 16. et sat indicat ipsa *lex pen. de servit.* (1).

7 (*Si domino proprietatis cedatur*). Cum vel proprietarius voluntate aut facto fructuarii usumfructum, vel fructuarius voluntate proprietarii proprietatem adipiscitur, ea res in specie à Justiniano consolidatio dicitur. In genere autem consolidatio est: *Quævis ususfructus cum proprietate conjunctio sive confusio.* Nam et morte fructuarii, et capitis deminutione, et non utendo consolidatur ususfructus cum proprietate, *l.* 3. *in fin. de ususfruct. accresc.* §. *seq. infr.* Est autem hæc species amissionis et ipsa ex natura ususfructus. Nam cum in una et eadem persona proprietas et ususfructus concurrunt, solidam unus proprietatem nanciscitur, neque amplius jus utendi fruendi separatum intelligi potest; hoc est, ususfructus formalis, de quo *hic* quæritur, perit.

8 (*Cedendo extraneo nihil agitur*). Cedendo scilicet in jure: nam extra jus, et si verbum cedere accipimus pro quovis modo concedere aut jus aliquod alteri constituere, etiam fructuarium legimus posse ita jus suum cedere extraneo, ut patiatur, eum uti frui, *l.* 57. *solut. matrim.* et eum, cui habitatio legata est, posse eam alteri cedere, hoc est, locare aut vendere, *l.* 13. *C. de usufr.* Diversi juris ratio mox indicabitur. Verba autem hæc, *nihil agitur*, à Wesemb. *parat. hoc tit.* Pinel. 1. *de bonis maternis, part.* 3. *n.* 39. Joann. del Castill. *tract. de usufruct. cap.* 69. *n.* 20. *et seqq.* sic accipiunt, quasi dixisset Imp. cedendo extraneo ususfructus non finitur, non redit ad dominum proprietatis, nec ad extraneum transit, nulli ea cessio aut damnum affert aut lucrum. Verum ego existimo, quod et frequentius placuit, id quod *hic* dicitur, nihil agi, referendum esse ad intentionem cedentis et diversum exitum cessionis, quia ususfructus in extraneum, cui cessus est, non transit; sive quia per cessionem extraneo factam non finitur transeundo, ut fit cum ceditur domino proprietatis: nihilominus tamen ex accidenti et præter mentem cedentis contingere, ut et hic finiatur atque ad proprietatem redeat (2), cum à persona discedere sine interitu suo non possit, *l.* 15. *fam. ercisc.* Atque ita in terminis diserte responsum est à Pomponio *l.* 66. *de jur. dut.*

9 Non est contrarium, quod fructuarius jus suum cuivis extraneo vendere aut gratis etiam concedere potest, §. 1. *infr. tit. proxim. l.* 12. §. 2. *l.* 38. *de usu-*

(1) *D. l.* 24.

(2) *D. l.* 24. *tit.* 31. *P.* 3.

fruct. Nam qui vendit usumfructum, aut alteri concedit, non hoc agere intelligitur, ut jus omne totum, quod habet, à se dimittat, et transferat in alium, sed ut retento jure, quod ex constitutione personæ ejus inhæret, facultas tantum fructuum percipiendorum ad alium pertineat, quandiu jus illud in persona sua durabit. Quod et ipsum etiam tunc obtinet, cum ususfructus venditus est domino proprietatis, *l.* 29. §. 1. *hoc tit. quib. mod. us. am.* indeque est, quod finiri dicitur ususfructus non si vendatur proprietario, sed si cedatur. Cessio autem vetus est et proprium alienationis genus, quæ fiebat in jure apud Prætorem, quaque id agebatur, ut à cedente jus omne, quod habebat, penitus abiret et transferretur in eum, cui cedebatur. Cujus meminit Cicer. in *Top.* et Boët. *ibid.* item Ulpian. in *frag. tit.* 11. et 19. Paul. 5. *sent.* 6. Igitur in proposito, discedente per cessionem à persona cedentis fructuarii omni jure, quod ante habebat, duorum alterum evenire necesse est; ut aut in eum, cui cessus est, ususfructus transeat, et novus constituatur fructuarius; aut revertatur ad dominum proprietatis: illud ut fiat, ratio juris non sinit; relinquitur ergo alterum, ut ususfructus ad proprietatem recurrat, et consolidatione finiatur. Similia sunt, quæ de tutela et hæreditate cessa notat Ulpian. *d. tit.* 11. §. 6. *et d. tit.* 19. §. 13. Nec novum est, ut quæ de jure non sortiuntur effectum, quod aliis noceat, noceant tamen ei, qui fecit, *l.* 5. *C. de serv. pign. dat. man. l.* 28. *qui et à quib. man.* junct. *l.* 112. §. 1. *de legat.* 1. sicut nec illud, ut qui male agit, nihil agere dicatur, *pr. Inst. quib. ex caus. man.* junct. *l.* 5. *C. de serv. pign. dat. d. l.* 28. *qui et á quib.*

10 (*Ne areæ quidem usumfructum deberi*) (1). Supervacuum foret monere, sublata re fructuaria, usumfructum extingui, si nihil aliud eo significaretur, quam finiri usumfructum interitu totius rei. Sed sciendum est, hoc etiam pertinere ad eas res, quarum species interior et forma mutatur, licet post mutationem pleræque partes maneant, quæ erant ejusdem corporis, in quo ususfructus consistebat: nam et hic quia res desinit esse quod prius fuerat, perinde ususfructus extinguitur, ac si ea in totum sublata esset, nullaque ejus pars amplius in rerum natura existeret, quod multis rerum exemplis declaratur in *l.* 5. §. *pen. et ult.* et porro usque ad *l.* 13. item *l. pen. et ult. hoc tit. l.* 36. *de usufr.* Cæterum etsi magna mutatio in re facta sit, si tamen ea priorem rei speciem non prorsus tollat, placet usumfructum manere, *l.* 8. et 2. *seqq. hoc tit. l.* 53. *de usufr.*

11 Hoc igitur videndum, quando mutatione rei facta, forma seu species prior mutata intelligi debeat. Et de eo statuendum ex mutatione nominis, tenenda-

(1) *L.* 25. *d. tit.* 31. *P.* 3.

que generalis hæc notio: si talis mutatio inciderit, ut res propterea in aliud nomen transeat, prius amittat, formam etiam rei mutatam censeri, et usumfructum interire; sin post mutationem vetus nomen maneat, non videri speciem mutatam, atque usumfructum retineri. Non sane quia nomen quidquam pertineat ad substantiam rei, sed quia ex nomine, ut ex posteriori, quale quidque sit, intelligitur: à forma enim res nomen accipit, eaque mutata iterum amittit: indeque est, quod per nomina dicimur cognoscere et dignoscere rerum naturas, auctore Platone in *Cratyl.*

12 Ad priorem mutationis speciem pertinet exemplum, quod *hic* et in *d. l.* 5. §. *pen.* affertur de ædibus, quarum ususfructus legatus erat, sublatis: nam sublata superficie, quia ædes amplius non sunt aut nominantur, forma rei mutata intelligitur; ideoque nec areæ, quæ adhuc superest, licet pars ædium fuerit, *l.* 21. *de pign. act. l.* 98. *sub fin. de solut.* ususfructus debetur. Agnoscit hanc doctrinam expresse traditam in *d. l.* 5. §. 2. Hein. *in recitat. hoc tit.* §. *Altera.* Sed errat in eo quod addit *in vers. Attamen*, inquiens nullum esse dubium, quin ususfructus reviviscat, si ædes restituantur in eandem formam, adducens in sui erroris probationem *l.* 10. §. 1. *ll.* 23. et 26. *hoc tit.* quæ minime id probant. *D. l.* 10. §. 1. docet in sua prima parte extingui usumfructum, si ædes ad aream redactæ sint, ut *d. l.* 5. §. 2. etiam eo casu quo demolitis ædibus, testator alias novas restituerit: ait in secunda: *Plane si per partes reficiat, licet omnis nova facta sit, aliud erit dicendum*, id est, non extinguitur ususfructus, cujus ratio est, quia eadem domus censetur hoc casu: ac proinde exaudienda est de conservatione ususfructus non finiti, et neutiquam de extincti reviviscentia, ut somniavit Heinec. Reliquæ *duæ leges* 23. et 26. loquuntur de speciebus omnino diversis. Ex contrario quoque, si in area, cujus ususfructus legatus est, domus posita sit, ex mutato nomine rem mutatam intelligimus, et usumfructum interire, *d. l.* 5. §. *ult.* Similiter si quadrigæ usufructo legato, vel unus ex equis decesserit, vel gregis usufructu legato, numerus ovium ad eam paucitatem redactus sit, ut gregem non constituat, una cum nomine quadrigæ aut gregis ususfructus extinguitur, *l.* 10. §. *ult. l. ult. eod.* Eandemque rationem habet, quod pecorum usufructu relicto, si quæ pecora moriantur, adeo pereat ususfructus, ut nec carnis nec corii supersit, *l. pen. quib. mod. us. am.*

13 Posterioris generis exemplum est, si fundi ususfructus legatus sit, et villa diruta: nam hic cum nomine fundi, cujus villa tantum accessio est, usumfructum manere placet, *l.* 8. *l.* 9. et *d. l.* 10. *in pr. eod.* Item si pars ædium in quibus ususfructus constitutus erat, licet maxima, corruerit, pars tamen homogenea, quæ superest, ut nomen, ita et usumfructum retinet etiam totius soli, *l.* 53. *de usuf.*

14 Quæritur autem hujus juris ratio, et omnino cur placeat, vel aliquando usumfructum rei mutatione extingui et in iis etiam partibus, quæ mutato toto adhuc extant: nam in cætero jure generaliter atque indistincte receptum est, ut re mutata, qualiscunque mutatio facta sit, si quid adhuc restet, in eo jus idem, quod prius in toto constitutum erat, remaneat. Ut ecce: Insula legata combusta est, area nihilominus vindicari potest, *l.* 22. *de legat.* 1. domus pignori obligata est, sublata superficie, area pignori obligata manet, *l.* 21. *de pigner. act.* Grex legatus est, et postea numerus ovium in tantum decrevit, ut grex non intelligatur; tamen capita, quæ supersunt, vindicari possunt, *d. l.* 22. *de legat.* 1. Diversitatis ratio ea esse videtur: quia incidente ea, quam dixi, mutatione, res amplius eum usum præstare aut pati non potest, qui fuit tempore testamenti facti, et quem solum testator legasse censeri debet, non alium, quem aliquando res mutata præbere posset: atque omnino finito eo usu, quem tunc res habebat, solidam proprietatem ad eum pertinere voluisse, cui eam nudam interim reliquerat. Constat autem, longe alium usum esse ædium, alium areæ: alium gregis sive universitatis, alium singulorum capitum, alium pecoris, alium corii, *l.* 70. §. 3. *de usufr.* Cum vero res ipsa aut proprietas rei legatur, nihil est in re legata aut ex ea, quod dici possit legato non contineri. Proprietas uniusmodi est, eadem totius et singularum partium: unde et toto dissoluto aut mutato, partium, quæ supersunt, proprietas manet. Eademque ratio est rei nexæ seu pignori obligatæ. Plane si universorum bonorum ususfructus legetur, quæcunque in toto aliquo mutatio contingit, semper partis, quæ post mutationem manet, ususfructus debetur, et talem, qualem pati potest, præstabit; scilicet quia sub appellatione bonorum etiam separatim partis illius ususfructus legatus est, *l.* 34. §. *ult. de usufr.*

15 "In Hispania finitur quoque ususfructus civitati relictus, "si hæc fuerit eversa seu aratrum "passa: cæterum si qui illius fuerant incolæ, aut eorum pars, alio se transferentes aliquod de "novo erectum incolerent oppidum, usufructu, quem in eversa civitate habebant, potirentur, "*l.* 26. *tit.* 31. *P.* 3."

TEXTUS.

Si finitus sit.

4 *Cum autem finitus fuerit totus ususfructus, revertitur scilicet ad proprietatem, et ex eo tempore nudæ proprietatis dominus incipit plenam in re habere potestatem* (1).

COMMENTARIUS.

1 (*Totus ususfructus*). Cum ususfructus in totum finitus est, ad proprietatem, unde discesserat,

(1) *L.* 24. *tit.* 31. *P.* 3.

revertitur: atque ex eo tempore, qui ante formalis erat, causalis incipit esse, ut vulgus Interpp. loqui amat. Ait autem diserte, si *finitus fuerit totus*: nam si pro parte tantum, ita demum pro parte amissa ad proprietatem redit, si non plures in eundem usumfructum conjuncti sunt, *l.* 1. *pr.* et §. 3, *l.* 3. *de usufr. accresc.* Conjuncti inter se jus accrescendi habent: de quo jure ex professo dicendum sub §. 8. *infr. de legat.* tantum quæ propria hujus juris sunt in usufructu, *hic* obiter notabimus. Sunt autem maxime duo: unum est in parte deficiente et accrescente, in quo hoc singulare, quod et quæsita et deinde amissa jus accrescendi admittat, sive conjuncto accrescat, *d. l.* 1. §. 3. alterum in persona ejus, cui accrescit, ut et jus accrescendi habeat, qui suam partem vel agnovit, vel agnitam amisit, *l.* 10. *eod.* quorum neutrum obtinet in proprietate pluribus legata, aut in pluribus hæredibus ad eandem hæreditatem vocatis. In his enim sic jus est: primum ut nunquam unius portio, quam semel agnovit, alteri collegatario vel cohæredi accrescat: deinde ut ita demum deficientis seu legatarii, seu hæredis portio accrescat alteri, si is portionem suam agnovit, *d.* §. 8. *l.* 53. §. 1. *de adquir. hær. l. un.* §. 10. *et seq. C. de cad. toll.* Diversi juris rationem ex Celso et Juliano indicat Ulpian. *d. l.* 1. §. 3. quia ususfructus quotidie constituitur et legatur, non ut proprietas eo solo tempore, quo vindicari potest, hoc est, quo nondum quæsita est. Hæc una ratio utrumquæ hoc, quod proprium in usufructú esse diximus, efficit, ut scilicet et amissus alteri conjuncto, utpote cui is adhuc legari intelligitur, accrescat; et accrescat etiam non agnoscenti vel amittenti portionem suam: quippe cui et ipsi ea portio, quam non amisit, adhuc legari intelligatur. Hinc illa veterum: *Ususfructus non portioni, sed homini accrescit*, *l.* 14. §. 1. *de exc. rei jud.* Item: *Portio fundi velut alluvio portioni, personæ fructus accrescit*, Papinian. *l.* 33. *in fin. hoc tit. de usufruct.* Consul. Donell. 10. *com. ment.* 23.

TITULUS QUINTUS.

DE USU ET HABITATIONE.

D. Lib. 7. *Tit.* 8. *Cod. Lib.* 3. *Tit.* 33. (1).

1 Ex tribus servitutum personalium formis una et præcipua *superiore titulo* explicata est, ususfructus: sequuntur duæ

(1) *Tit.* 31. *P.* 3.

reliquæ usus et habitatio: ac de utraque conjunctim nunc agitur *hoc titulo.* Primum de usu, quibus modis constituatur et amittatur, digito ostenditur: mox quid contineat, accurate docetur exemplis usus fundi, ædium, servorum, pecorum: postremo tractatur de habitatione: quo peracto, aperitur aditus ad modos acquirendi jure civili. Usum sic recte definiemus: *Jus alienis rebus utendi, salva rerum substantia* (1). Usus est jus, sicut et ususfructus, et prædiorum quoque servitutes jura sunt, et dicuntur respectu ejus, cui debentur. Est jus utendi, non etiam fruendi: nam fructui quidem usus inest, aut usui fructus deest, *l.* 14. §. 1. *hoc tit.* Uti est: *Rem tractare et exercere ad commoditatem aliquam ex ea percipiendam, quæ secundum rei conditionem inde percipi potest.* Atque hoc usui commune est cum usufructu, quod uterque in commoditate ex re percipienda versatur: verum hoc interest, quod nudus usus quotidiana utentis sufficientia et consumptione terminatur; ususfructus omne rei emolumentum continet. Est igitur usus jus utendi duntaxat, non etiam fruendi: sed de eo postea magis serio. Cætera definitionis etiam usufructui conveniunt: nam nec usus rei propriæ separatus intelligitur, et usuarius ita etiam uti debet, ut ne rem consumat aut transformet, causamve proprietatis deteriorem faciat, eoque nomine cavere, se adempta fructus causa, id est, ad indigentiam tantum, usurum boni viri arbitratu (2), et cum usus finitus erit, restituturum quod inde extabit, *l.* 5. §. 1. *l. pen. us. quem. cav.* In aliis oneribus hæc distinctio placuit, ut si omnis fructus ad usuarium redit, etiam onera, puta tributa et impensas refectionis culturæve ferre debeat: non alias, *l.* 18. *hoc tit.* (3).

(1) *L.* 20. *d. tit.* 31. *P.* 3. *vers.* La segunda, cum *seqq.*

(2) *D. l.* 20. *in fin.*

(1) *L.* 22. *d. tit.* 31. *P.* 3.

TEXTUS.

Communia de usufructu et usu.

Iisdem illis modis, quibus ususfructus constituitur, etiam nudus usus constitui solet: iisdem illis modis finitur, quibus et ususfructus desinit.

COMMENTARIUS.

1 Ait, iisdem modis nudum usum constitui solere, iisdemque modis amitti, quibus ususfructus constituitur et desinit, idemque traditur *l.* 3. §. *ult. de usuf.* et de constitutione *l.* 1. §. 1. *hoc tit.*

2 Est tamen quod inter hæc duo et in constituendo et in amittendo intersit. In constituendo, quod ususfructus etiam pro parte constitui potest, usus non æque, *l.* 5. *de usufr. l.* 19. *hoc tit.* Etenim frui pro parte possumus, uti pro parte non possumus, sed u-

sus cujusque semper in solidum est, *d. l.* 19. Hoc autem ex eo est, quod usus tantum necessitati servit, et solo utentis facto ac consumptione terminatur, nihil relinquens quod dividi possit: in quo similis est servitutibus prædiorum, quæ, et ipsæ, quia in solo usu consistunt, et facto terminantur, individuæ, *l.* 17. *de servit. l.* 1. §. 9. *ad leg. Falc.* Ususfructus autem dividuus est: quia licet et ipse in facto ab initio consistat, facto tamen solo non terminatur, sed post se relinquit, et fructuario adjicit fructus atque omnem rei utilitatem, cujus utique divisio esse potest, *d. l.* 1. §. 9. *l. sed* 81. *ad leg. Falc.* Cujac. Don et DD. vulg. ad *l.* 72. *de verb. oblig.* Gomez 2. *var.* 10. *num.* 18. Castill. *tract. de usufr. cap.* 31. Adhæc, usumfructum quoque constitui legimus in judiciis familiæ erciscundæ et communi dividundo, si Judex alteri fundum, alteri usumfructum adjudicaverit, *l.* 6. §. 1. *de usufr. l.* 16. §. 1. *fam. ercisc. l.* 6. §. 10. *comm. divid.* de usu nihil tale.

3 In amittendo hoc interest, quod usus amissus semper ad proprietatem redeat, nunquam ad conjunctum, ut aliquando ususfructus. Quinimo plures in eundem usum conjungi non possunt: nam qua ratione usus divisionem non recipit, eadem nec recipit communionem. Ea propter si duobus ejusdem rei usus legatus sit, nulla intelligitur conjunctio, aut usus inter eos communio, nec concursu partes faciunt. Sed tunc res ita transigetur, ut uni usus totus adjudicetur, et is alteri vicissim condemnetur in præstationem partis æstimationis, *l.* 10. §. 1. *comm. div.* aut ut utendi necessitas inter eos temporibus dividatur, per *l.* 19. §, *ult. d. tit.*

TEXTUS.

Quid intersit inter usumfructum et usum fundi.

1. *Minus autem juris est in usu, quam in usufructu: nam is, qui fundi nudum habet usum, nihil ulterius habere intelligitur, quam ut oleribus, pomis, floribus, fœno, stramentis, et lignis ad usum quotidianum utatur: inque eo fundo hactenus ei morari licet, ut neque domino fundi molestus sit, neque iis, per quos opera rustica fiunt, impedimento: nec ulli alii jus, quod habet, aut locare, aut vendere, aut gratis concedere potest: quum is, qui usumfructum habet, possit hæc omnia facere.*

COMMENTARIUS.

1 *Hoc* §. *seqq.* docet Imperator, quid rei cujusque usus contineat, et quibus in rebus discrepet ab usufructu: idque exemplo veterum declarat propositis ordine quatuor speciebus, usu fundi, ædium, servorum, pecorum; unde reliquarum rerum usus satis intelligi potest. Initio tradit generalem regulam, quæ ad rerum omnium usum ex æquo pertinet. Ait, minus juris esse in usu, quam in usufructu, id est,

minus emolumenti; siquidem usus cujuscunque rei non plus commoditatis aut utilitatis tribuit, quam quantum usuario necessarium est, eique sufficit ad usum et consumptionem quotidianam, arg. *hujus* §. *et l.* 12. §. 1. *hoc tit.* (1). Ususfructus autem extra hanc sufficientiam et consumptionem progreditur, omnemque utilitatem, commodum omne, quod quavis ratione ex re percipi potest, sine exceptione continet. Denique et usus fructui inest, et ideo si usufructu legato, usus adimatur, placet nullam esse ademptionem: et si tibi usus, mihi ususfructus legetur, concurrere nos in usu, *l.* 14. §. 1. *et* 2. *hoc tit.*

2 (*Oleribus, pomis, floribus, fœno, stramentis, et lignis*). Hæc exempli causa ponuntur: nam usuarius sumere potest generaliter ex omnibus quæ in fundo nascuntur, quod sufficiat ad victum sibi et familiæ, *l.* 12. et §. 1. *hoc tit.*

3 (*Ad usum quotidianum*). Modus utendi hujus juris proprius, dum ex omnibus sumat usuarius, quod ad victum sibi, suisque sufficiat, non amplius, *d. l.* 12. §. 1. (2). Quantum autem cuique sufficiat, id æstimandum ex dignitate et conditione utentis: neque enim ita usus restringendus est, ut non etiam pateat et honestati vitæ et dignitati. Quin etiam longius aliquando itur, et tam large cum usuario pro dignitate ejus agitur, ut his rebus non tantum cum familia, sed etiam cum convivis et hospitibus uti ei permittatur; hactenus tamen, ut oleo, frumento et cæteris frugibus cum convivis et hospitibus utatur in villa: cætera, quorum non admodum grave onus est, si abundent in fundo, etiam in oppidum deferri hujus rei gratia possunt, *d. l.* 12. §. 1. Enimvero necesse non est, sumere singulis diebus quod in singulos eos sufficiat: sed ex penu, hoc est, ut ego interpretor, ex eo, quod ad penum pertinet, capere licet, quod sufficiat in annum, quamvis eo modo fructus consumantur; quod facile evenire potest usu mediocris prædii relicto: nam usuarii prior semper ratio est, *l.* 15. *hoc tit. l.* 42. *de usufr.* In usu domus et servi hoc accidit, ut nihil alii fructuum nomine supersit, *l.* 15. *hoc tit.* eademque causa est navis, vestimentorum, vehiculi et similium rerum, quarum fructus in usu est. Cæterum usuario intra annum mortuo, quod ex penu superest ad hæredem ejus non pertinebit, desiit enim posse uti: neque usuarius fructus, quos decerpsit aut collegit, suos facit, aut perceptione dominium eorum acquirit, quod tribuitur fructuario, sed consumptione, quia tantum jus iis modice utendi habet. Illud constat, non posse ei, qui usum habet, objici, quod pecuniis abundet, unde sibi quæ opus sunt, aliunde quam ex re usuaria comparare possit.

(1) *D. l.* 20. *tit.* 31. *P.* 3. *vers.* La segunda, cum *seqq.*

(2) *D. l.* 20.

4 (*Hactenus ei morari licet, ut neque domino fundi molestus sit*). Possessio earum fundi partium, quæ ad fructum ferendum comparatæ non sunt, quodammodo penes usuarium est; placet enim, eum solum usurum cellis vinariis et oleariis, dominum invito eo non usurum, *l.* 10. *in fin. hoc tit.* Deambulandi quoque et gestandi in locis ad eam rem paratis, solus jus habet, *d. l.* 12. §. 1. *eod.* Prætorio autem, hoc est, villa urbana, sive domo, non fundi, sed domini causa parata non utetur, nisi et nominatim hujus usus relictus sit, et tunc quidem utetur solus, *d. l.* 12. *in pr.* Sed villam suo jure occupabit, et dominum illo venire prohibere poterit: tantum pati cogetur illic habitare colonum et familiam rusticam, quæ agri colendi causa illic sit: sed nec impedire poterit quominus proprietarius ipse eo veniat ad fructus percipiendos, et per tempora fructuum colligendorum ibi habitet, *d. l.* 10. §. *ult. et d. l.* 12. *in pr.* Hinc explicandum quod ex Cajo *l.* 11. *eod.* Justinianus *hic* tradit, hactenus usuarium in fundo morari posse, ut neque domino fundi molestus sit, neque iis, per quos opera rustica fiunt, impedimento.

5 (*Nec ulli alii jus, quod habet, locare aut vendere*). Quod *hic* traditur, etiam ad aliarum rerum usum pertinet, *l.* 8. *et d. l.* 12. §. 4. *et ult. eod.* Et hanc habet rationem, quod in usu spectatur persona ejus, cui relictus est, et modus familiæ ejus, ut pro conditione et dignitate sua utatur: quod fieri non potest, si alii venderet: nam emptoris alia potest esse consideratio, et multum diversa à conditione usuarii. Id tamen cum hoc temperamento accipiendum est, nisi ex conjecturis appareat, testatorem jus quoque locandi aut vendendi usum concedere voluisse. Cujusmodi conjecturæ sumi possunt vel ex conditione legatarii, vel ex genere relicti. Nam si aurigæ usus equorum legatus sit, cum testator sciret, eum hujus esse instituti et vitæ, placet, eum etiam locare equos posse: quia de hoc etiam usu testator videtur sensisse, et retulisse usum ad rationem vitæ legatarii, *d. l.* 12. §. 4. Si sylvæ usus legatus sit, Hadrianus statuit, fructum quoque legatum videri: quia nisi liceret cædere sylvam et vendere, quemadmodum usufructuariis licet, legatarius nihil habiturus esset ex eo legato, *l. pen. eod.* Quod plerique sic accepere, si sylva remotior sit ab oppido, ut si cogatur legatarius ipse eam cædere, et quod excidit, usus sui causa domum comportare, plus impensurus sit, quam si in propinquo ab aliis emeret: neque ita intelligendum, quasi legatario liceat cædere et vendere tantum, quantum solebat dominus, aut quantum fructuarium licet, sed pro modo et ratione usus sui.

6 (*Quum is qui usumfructum habet possit hæc omnia facere*). Rem scilicet utendam fruendam alteri locare, vendere, gratis concedere, *l.* 12. §. 2. *de usufr.* etiam invito hærede, *l.* 67. *eod.* Hoc ne quem turbet, dicendum est, du-

plex quodammodo jus fructuarium habere: quorum unum mere personale est, ita infixum personæ ejus, cui ususfructus primo constitutus est, ut ab eo avelli nequeat: unde etiam cum de amittendo, aut finiendo usufructu quæritur, ejus solius persona semper spectatur, *l.* 8. §. *ult. de per. et com. rei vend.* Alterum reale consistens in usu et fruitione rei fructuariæ, quod à fructuario abire et in alium transferri possit (1), licet à personali illo jure promanet, inque eo ita radicetur, ut necesse sit cum illo extingui. Illustratur hæc distinctio exemplo hæredis et creditoris, in quibus similiter jus geminum animadvertimus: unum quod personale est atque ossibus eorum, ut DD. loquuntur, inhæret, hæredi ex aditione hæreditatis, creditori ex obligatione quæsitum; alterum reale in re quæsita aut debita. Illud in eo cernitur; quod qui semel hæres extitit, semper hæres maneat, ac proinde vendita hæreditate nihilominus actiones hæreditarias ipse exerceat et excipiat, *l.* 2. *C. de hæred. vel act. vend.* creditor, actione vendita jus ipsum agendi adhuc retineat, *l.* 3. *C. de nov.* Hoc in eo, quod hæres jus omne, quod in re habuit, in emptorem hæreditatis transfert, *l.* 2. in *pr.* et passim *de hær. vel act. vend.* qui ob id vicem hæredis obtinere dicitur, *d. l.* 2. §. *antepen.* et utilibus etiam actionibus suo nomine experiri potest, ut et is, cui nomen venditum aut legatum est, *l.* 16. *de pact. ll.* 5. 7. 8. *C. de hæred. vel act. vend.* Potest igitur fructuarius, ut eo redeam, etiam jus, quod habet, in alium transferre: utique tamen non illud, quod ex constitutione personæ ejus inhæret; sed eo retento, quod extra personam ejus consistit, quod habet in re fructuaria.

TEXTUS.

Ædium usus.

2 *Item is, qui ædium usum habet, hactenus jus habere intelligitur, ut ipse tantum inhabitet; nec hoc jus ad alium transferre potest: et vix receptum esse videtur, ut hospitem ei recipere liceat; et cum uxore liberisque suis, item libertis, necnon personis aliis liberis, quibus non minus, quam servis utitur, habitandi jus habeat* (2). *Et convenienter, si ad mulierem usus ædium pertineat, eum marito ei habitare liceat.*

COMMENTARIUS.

1 *Hoc* §. ostenditur, quid contineatur usu ædium: latissime autem hoc declaratur *l.* 2. §. 1. cum 6. *ll. seqq.* et *l. pen.* §. 1. *hoc tit.* De eo nemo dubitavit, quin is, cui ædium usus legatus est, eas inhabitare possit: uti et illud quoque semper constitit, non posse usuarium ha-

(1) *L.* 24. *l.* 31. *P.* 3. *vers.* Ca com.

(2) *L.* 21. *d. tit.* 31. *P.* 3.

bitationem alteri locare, vendere aut gratis concedere, *hoc text. et l. 8. eod.* Circa eum autem, qui ipse inhabitet, quædam quæsita sunt: veluti, si ædes amplæ sint, et tam angustus usuarius, ut eas totas simul occupare non possit, ¿an non liceat proprietario partibus iis, quæ vacabunt, uti? Sed placuit, non licere, quia cum usuarius jus utendi habeat, etiamsi nunc non utatur, postea tamen cum voluerit, uti potest, et alio tempore partes illas occupare, *d. l. pen.* §. 1. Item: ¿an qui ipse inhabitet, possit in partem habitationis alios admittere? de quo mox in explicatione *textus.*

2 (*Nec hoc jus ad alium transferre*). Qui usum ædium habet, neque locare, neque concedere habitationem, neque vendere usum potest, *l. 8. hoc tit.* quod non est speciale in usu ædium, sed ad aliarum quoque rerum usum pertinet, ut relatum *supr. §. præced.* Illud speciale est, quod usus ædium et ususfructus in eo solum differunt, quod hic locari, vendi, alteri concedi potest, ille non potest. Cæterum utentis nihil interest, usum ædium habeat, an usumfructum; idque clarissime patet ex locis supra citatis, et *hoc* §. junct. *l. 15. eod.* Quod autem diximus, eum, qui usum ædium habet, non posse habitationem locare, aut alteri concedere, hoc ita est, si seorsum locet aut concedat sine se, *d. l.* 8. nam si ipse inhabitet, non prohibetur partem ædium quam ipse non occupat, aut quia nimis spatiosæ occupare non potest, alteri locare, ut pensionem percipiat, *l. 4. hoc tit.* Quod Labeo dicebat posse eum, qui ipse habitat, inquilinum recipere, *l. 2. in fine eod.* notatur à Proculo, quod *inquilinum* non belle appellavit eum, qui cum alio habitat, *d. l.* 4. nam *inquilinus* proprie dicitur: *Qui in conductis ædibus habitat solus, l. 37. de adquir. possess. l. 1. §. 1. l. 2. de migrando.*

3 (*Et vix receptum esse videtur*). Quod ait, vix receptum esse, ut is, qui ædium usum habet, hospitem recipere possit, sic accipiendum est, ægre quidem ab initio id receptum esse propter dubitationes veterum; tandem tamen obtinuisse, *d. l.* 2. §. 1. Ait, *ut hospitem ei recipere liceat:* sive gratuitum illis hospitium præstet, sive mercenarium, *d. l.* 2. §. 1. *et d. l.* 4. *in pr.* Plane etsi quemlibet extraneum convictorem recipere potest: tabernam tamen cauponiam ei exercere non licebit, quæ publice viatoribus omnibus et peregrinis pateat, arg. *l. 13. §. ult. de usufruct.* (1).

(1) *Arg. l. 27. d. tit. 31. P. 3.*

TEXTUS.

De servi, vel jumenti usu.

3 *Item is, ad quem servi usus pertinet, ipse tantum opera atque ministerio ejus uti potest:*

ad alium vero nullo modo jus suum transferre ei concessum est. Idem scilicet juris est et in jumento (1).

COMMENTARIUS.

1 Servorum usus est in eorum operis: est et in fructibus, hoc est, iis rebus, quæ per servos acquiruntur. Operis uti potest usuarius in re qualibet, nec tantum ad ministerium suum, sed etiam ad liberorum suorum et conjugis, *l.* 12. §. *pen. et ult. hoc tit.* dum tamen secundum conditionem servi: nam et à fructuario hoc exigitur, *l.* 15. §. 1. *de usufruct.* Cæterum ipsum usuarium uti oportet, non aliis operas locare, aut utendas concedere; quanquam parum refert utrum utatur in re plane sua, an in opere alieno, quod ipse expediendum conduxerit, *d. l.* 12. §. *ult. et l. seq. eod.* De iis, quæ per servum usuarium acquiruntur, ita placuit, ut si quid acquirat ex operis suis, id non acquiratur usuario; quoniam nec locare servi operas potest: sin autem ex re usuarii, puta si institor erit, et opera ejus usuarius utatur in taberna ad merces emendas et vendendas, aut si jussu usuarii per traditionem accipiat, usuario acquirit, cum hac opera in re sua usuarius utatur, *l.* 14. *in pr. l.* 16. §. 2. *l.* 20. *eod.*

TEXTUS.

De pecorum usu.

4 *Sed et si pecorum vel ovium usus legatus sit, neque lacte, neque agnis, neque lana utetur usuarius: quia ea in fructu sunt. Plane ad stercorandum agrum suum pecoribus uti potest.*

COMMENTARIUS.

1 (*Pecorum vel ovium*). Error Triboniani, nisi legendum *veluti ovium*, ut vertit Interpres Græcus, et flagitat locus Pauli *d. l.* 12. §. 2. *hoc tit.* unde *hic* desumptus est, quippe nemini dubium est quin appellatione *pecorum* etiam oves contineantur.

2 (*Neque lacte, neque agnis, neque lana*). Igitur in usu pecoris puta gregis ovilis, vacarum aut caprarum, minimum est: nam nihil ex iis, quæ in fructu harum pecudum sunt, usuarius sumere potest: sed tantum ad stercorandum agrum suum, quo pinguior et fœcundior fiat, his uti; et insuper modico etiam lacte, neque enim tam stricte voluntates interpretandæ, *d. l.* 12. §. 2. Cumque cæterarum rerum etiam possessionem tradi usuario oporteat ut iis utatur, diversum tamen esse apparet in pecoribus, quæ tantum ad fructum ferendum habentur.

(1) *D. l.* 21. *tit.* 31. *P.* 3.

3 "In Hispania is, cui pecorum usus relictus est, non solum pecoribus ad stercorandum agrum uti potest; sed etiam ex lacte, caseo, lana et agnis sumere quantum ad penum sibi cum familia necessarium sit, *l.* 21. *titul.* 31. *Partit.* 3. *vers.* Otrosi."

TEXTUS.

De habitatione.

5 *Sed si cui habitatio legata, sive aliquo modo constituta sit, neque usus videtur, neque ususfructus, sed quasi proprium aliquod jus: quanquam habitationem habentibus propter rerum utilitatem, secundum Marcelli sententiam nostra decisione promulgata, permisimus, non solum in ea degere, sed etiam aliis locare* (1).

COMMENTARIUS.

1 Restat ultima species servitutis personalis, habitatio: Ea est: *Jus in ædibus alienis habitandi cum personis quoquo modo ad nos pertinentibus.* Etenim effectu idem pene est habitatio quod usus ædium: easdemque personas, qui habitandi jus habet, recipere potest, quas usuarius, *l.* 10. *hoc tit.* Constituitur quoque habitatio iisdem modis quibus usus et ususfructus, iisdemque modis finitur; excepto quod non finiatur non utendo, *d. l.* 10. quod ideo placuit, quia habitatio magis in facto, quam in jure consistit, *l. pen. de cap. min.* ex quo est, quod legatæ habitationis dies non semel cedat, sed per dies singulos, perinde ut ususfructus in singulos dies relicti, *l.* 1. *pr. quand. dies us. leg. ced.* et arg. *d. l. pen. de cap. min.* ut plura hic sint legata, et quasi nova singulorum dierum habitatio: ob quam etiam causam nec capitis deminutione (scilicet minima) olim amittebatur, *d. l. pen. et d. l.* 10. Ex constitutione autem Justiniani nec usus nec ususfructus ita perit, *l. penult. C. de usufruct.* ut jam hac in parte nulla amplius sit differentia.

2 (*Quasi proprium aliquod jus*). Hoc est, species quædam servitutis personalis, quæ proprie neque usus est neque ususfructus, licet olim parum distaret ab usu, *d. l.* 10. Hodie per constitutionem Justiniani *l.* 13. *C. de usufr.* qua eam locare permisit, ad usumfructum prope accedit. Sunt tamen qui negant, habitationem esse speciem servitutis personalis, et omnino servitutem esse: quoniam duæ tantum personarum servitutes memorantur à Marciano *l.* 1. *de serv.* Sed ille vel exempli causa duas istas duntaxat retulit, vel sub usu etiam habitationem comprehendit, quia jure veteri habitatio effectu idem erat quod usus, auctore Ulpiano, *d. l.* 10.

(1) *L.* 27. *d. tit.* 31. *vers.* E aun.

TEXTUS.

Transitio.

6 *Hæc de servitutibus, et usufructu, et usu, et habitatione dixisse sufficiat. De hæreditatibus autem, et obligationibus suis locis proponemus. Exposuimus summatim, quibus modis jure gentium res acquiruntur: modo videamus, quibus modis legitimo et civili jure acquiruntur.*

COMMENTARIUS.

1 Duplex transitio, et utraque perfecta: in epilogo prioris respicitur ad *tit. de reb. corp. et incorpor.* hujus libri secundum; ubi cum non tantum servitutes prædiorum, usus et ususfructus inter res incorporales numerentur, verum etiam hæreditas et obligationes, ac de servitutibus, usufructu et usu hactenus tractatum sit; videri poterat, nunc protinus de hæreditatibus et obligationibus dicendum esse: sed in propositione seu membro sequenti, harum rerum tractationem in alium locum rejicit: tractationem de hæreditate, quia adhuc agendum de modis, quibus res acquiruntur singulæ; susceptione autem hæreditatis acquiritur bonorum universitas: tractationem de obligationibus, quia obligatio non est jus in rem, de cujusmodi jure acquirendo nunc quæritur, sed ad rem duntaxat, pariens creditori actionem in personam, non vindicationem rei. In posterioris epilogo respicit ad §. 11. *supr. tit.* 1. *de rer. div.* quo loco recepit, se post expositos modos acquirendi jure gentium dicturum esse de iis modis, quibus dominium nanciscimur jure civili.

2 Modi acquirendi jure civili vel singulares sunt, vel universales. Singulares: *Quibus acquiruntur res singulæ*: universales: *Quibus una acquisitione, tanquam per aversionem, acquiruntur bona alicujus universa*: de quo genere acquisitionis agere incipit *infr.* §. *ult. tit.* 9. *hujus libri.* Modi acquirendi jure civili res singulas duo tantum ab Imperatore exponuntur, usucapio *tit. seq.* et donatio *tit.* 7. Cur de legatis et fideicommissis, quæ huc alioqui pertinent, nunc non simul tractare voluerit, dicetur *d.* §. *ult.* Pertinent item huc et alii modi: veluti cum possessori attribuitur dominium rei, quam dominus vi eripuit aut invasit, §. 1. *infr. de vi bonor. rapt. l.* 7. *C. unde vi.* Cum uno ex duobus, qui à Principe munus acceperunt, moriente absque hærede, pars deficientis consorti accrescit, *l. unic. C. si liberal. imp. soc. sine hæred. deces. lib.* 10. Item cum Ecclesiæ acquiruntur res ex pecunia sua emptæ absque ulla traditione, *l. ut inter* 24. *C. de sacros. Eccles.* Mancipatio, quam Cicero in *Topic. traditionem nexu* vocat, et in jure cessio, de quibus Ulp. *tit.* 19. Boët. ad *d. loc. Ciceronis*, jam tempore Justiniani exoleverant. Antiquitatis studiosi adeant D. Anton. Contium 1. *disputat.* 12.



TITULUS SEXTUS.

DE USUCAPIONIBUS ET LONGI TEMPORIS PRÆSCRIPTIONIBUS

Dig. Lib. 41. *Tit.* 3. *Cod. Lib.* 7. *Tit.* 31. *et* 33. (1).

1 Inter acquisitionis juris civilis vel prima et præcipua est usucapio. Nam etsi Græcis quoque non incognita fuit, eamque etiam Plato *lib.* 12. *de legib. pagin.* 697. in suam invexit Rempubl. tamen civili tantum ratione, non etiam pure aliqua naturali nititur, ab eaque longius etiam, quam cæteræ acquisitiones civiles, recedit. Utrum autem quid juri civili adscribendum sit, an juri naturali, id non ex nudo usu populorum, sed ex eo, quod suggerit ratio naturalis, æstimandum est, §. 1. *supr. de jur. nat. gent. et civ.* Usucapio, definitore Modestino in *l.* 3. *hoc tit.* est: *Adjectio dominii per continuationem possessionis temporis lege definiti.* Quid singula definitionis sibi velint, dicetur postea in explicatione §. 7. *infr. eod.*

2 (*Longi temporis præscriptionibus*). Erat olim triplex inter usucapionem et longi temporis præscriptionem discrimen, in rebus, in tempore, in acquisitionis effectu. Usucapio locum habebat in rebus immobilibus Italici soli tantum, in mobilibus omnibus. Præscriptio frequentabatur in prædiis duntaxat provincialibus. Usucapio rerum mobilium anno terminabatur, immobilium biennio. Præscriptio consummabatur decem annis inter præsentes, viginti inter absentes. Usucapio possessorem dominum efficiebat. Præscriptio possessori non dominium tribuebat, sed jus aliquod dominio simile et proximum, de quo dicam plenius postea. Hasce differentias sustulit Justinianus, servato uno discrimine rerum mobilium et immobilium, *l. unic. C. de usucap. transform.* Hodie itaque idem est usucapio ac longi temporis præscriptio.

TEXTUS.

Præcipua usucapionis requisita. 1. Bona fides. 2. Possessio per tempus definitum continuata. 3. Justus titulus.

Jure civili constitutum fuerat, ut qui bona fide ab eo, qui do-

(1) *Tit.* 2). P. 3. *et tit.* 8. *lib.* 11. *Nov. Recop.*

minus non erat, cum crederet eum dominum esse, rem emerit, vel ex donatione, aliave quavis justa causa acceperit, is eam rem, si mobilis erat, anno ubique uno; si immobilis, biennio tantum in Italico solo usucaperet: ne rerum dominia in incerto essent. Et cum hoc placitum erat, putantibus antiquioribus, dominis sufficere ad inquirendas res suas præfata tempora: nobis melior sententia resedit, ne domini maturius suis rebus defraudentur, neque certo loco beneficium hoc concludatur. Et ideo constitutionem super hoc promulgavimus, qua cautum est, ut res quidem mobiles per triennium; immobiles vero per longi temporis possessionem (id est, inter præsentes decennio, inter absentes viginti annis) usucapiantur: et his modis non solum in Italia, sed etiam in omni terra, quæ nostro imperio gubernatur, dominia rerum justa causa possessionis præcedente acquirantur.

COMMENTARIUS.

1 (*Jure civili*). Hoc plerique sic interpretantur, perinde ac si dixisset, lege XII. Tabul. et verum est, ex hoc fonte jus usucapionum manare; sed quod sequitur de distinctione locorum, ex lege XII. Tab. esse non potest: quippe cum eo tempore, quo Decemviri legem tulerunt, populus Romanus pedem extra Italiam non haberet, sed angustissimis intra ipsum Italiæ solum finibus imperium Rom. contineretur. Credibile vero est, propagatis postea imperii finibus, Jurisconsultorum disputatione prædia Italici soli et provincialia jure auctoritatis distincta fuisse. Existimare licet, sic lege sancitum fuisse: *Usus auctoritas fundi biennium esto: cæterarum rerum annus esto. Auctoritatis* verbo multa et diversa significantur. In proposito puto, Decemviros nomine *auctoritatis* intellexisse jus legitimi dominii, ut sit sensus, usus, qui auctoritatem, id est, justum dominium fundi afferat, sit spatium biennii; qui cæterarum rerum annus. Quod perinde est, ac si dixissent: *Fundus biennium possessus usucapitor: cæteræ res annum possessæ usucapiuntor.*

2 (*Bona fide*). In persona ejus, quem usucapere volumus, hæc quinque sunt necessaria: bona fides, justus titulus, possessio continuata, tempus legis (1), et res non vitiosa (2). Bona fides æstimatur ex eo, quod possessor putavit eum, à quo rem accepit, dominum esse, aut jus transferendi dominium habere, ut proinde opinetur, se quoque statim dominum effectum esse, *l.* 109. *de verb. sign.* (3). Hæc autem opinio necesse est, ut remota sit ab errore juris: nam juris error acquirere volentibus nunquam pro-

(1) *Ll.* 9. *et* 18. *d. tit.* 29. *P.* 3.
(2) *Ll.* 6. *et* 7. *eod.*
(3) *Dd. ll.* 9. *et* 18. *eod. l.* 9. *tit.* 33. *P.* 7.

dest, *l.* 7. *l.* 8. *de jur. et fact. ign.* ac proinde nec possessori in usucapionibus, *l.* 31. *pr. hoc tit. l.* 1. §. 15. *pro empt.* Cæterum sufficit, ab initio bona fide possessionem nancisci. Jure enim civili bene cœptam usucapionem non impedit scientia rei alienæ postea superveniens, *l. unic. C. de usucap. transform. l.* 48. §. 1. *de adq. rer. domin.* spectaturque in ea re initium traditionis, non contractus, *l.* 15. §. *ult. l.* 44. §. 2. *hoc tit.* præterquam in emptione, in qua utrumque tempus inspici placet, et quo contrahitur, et quo res traditur, *l.* 2. *pro empt. l. pen. hoc tit.* (1). Diversitatis rationem indicat Paul. quoad stipulationem in *d. l.* 15. *in fin.* quia, inquit, concessum est stipulari rem etiam, quæ promissoris non sit, innuens, salva fide etiam scientes rem alienam stipulari nos posse: at non patitur sincera fides ut rem alienam sciens quis emat: et ideo huic non præstatur evictio, *l.* 27. *C. de evict.*

3 (*Rem*). Corporalem scilicet, nam res incorporales, veluti servitutes, per se usucapionem non recipiunt, *l.* 14. *de servit. l.* 43. §. 1. *de adq. rer. dom.* quippe in quæ non cadit possessio, in ea nec usucapio cadit. Cæterum est in his rebus locus acquisitioni longæ quasi possessionis, et effectu juris quasi usucapiuntur, *l. ult. C. de præsc. long. temp. l.* 10. *si serv. vind.* (2). Vide quæ scripsi ad §. *ult. supr. de ser.* Plane per consequentiam etiam veteri jure usucapiebantur, cum id prædium usucaptum esset, cui servitus debetur, *l.* 10. §. 1. *hoc tit.* quanquam revera nihil hic usucapitur, sed prædium suæ conditiones sequuntur, *l.* 23. §. 2. *de serv. præd. rust.* De aliis rebus, quæ usucapionem non admittunt, dicam §§. *seqq.*

4 (*Aliave justa causa*). Secundum usucapionis requisitus est justa causa seu justus titulus, qui nempe idoneus sit ad transferendum dominium (3): eos enim qui nullo justo titulo possident, ratio juris dominium quærere non patitur, *l.* 24. *C. de rei vind. l.* 4. *C. de præsc. long. temp.* eademque prorsus in proposito ratio est, dominii transferendi, et transferendi conditionem usucapionis, *l.* 31. *de adq. rer. dom.* §. *pen. infr. per quas pers. cuique acq.* Justa causa, aut à privatis est, aut à Judice, aut à Magistratu, aut à nullo, sed ab ipsa rerum conditione. A privatis, si quid ab his dominii transferendi causa traditur, solvitur, datur, *l.* 3. §. *antep. de acq. poss.* (4) cujus generis pleræque propriis titt, comprehensæ in *Pand. et C.* A Judice, in adjudicationibus, quæ fiunt in judiciis divisoriis, si videlicet de alienis fundis tanquam communibus actum sit, *l.* 17. *hoc tit.* alioqui statim res ejus fit, cui adjudicata est, §. *ult. inf. de offic. jud.* A Magistratu, quibus

(1) *L.* 12. *d. tit.* 29. *P.* 3.

(2) *L.* 15. *tit.* 31. *P.* 3.

(3) *Dd. ll.* 9. *et* 18. *titul.* 29. *Partit.* 3.

(4) *Dd. ll.* 9. *et* 18.

in causis possessionem transferre potest: siquidem juste possidet qui auctore Prætore possidet, *d. l. 3. in fin. l. 11. de adq. poss.* (1). A nullo, in iis quæ sola occupatione, si nullius essent, statim nostra fierent (2). Hinc titulus possessionis specialis *pro suo, l. 2. pro suo.* Generaliter quidem etiam quisquis ex justa causa possidet, pro suo possidet, *l. 1. eod.* Verum ex speciali titulo certa usucapio: ex generali nulla, nisi specialis aliqua causa, puta emptio, donatio etc. præcesserit: nec sola existimatione nostra, sed revera, *l. 27. hoc tit.* de quo plenius postea §. *6. hoc tit.*

5 (*Si mobilis erat, anno ubique uno*). *Ubique*, tam in provinciis, quam in Italia. Nam cum res mobiles solo non cohæreant, loco distingui non potuerunt, et conditione sua omnes usucapionem recipiunt. Immobilium autem usucapio biennio terminabatur; sed quædam tales erant, ut usuc pio in iis non haberet locum, qualia erant prædia provincialia, ut mox dicemus. Quod autem brevius tempus usucapioni rerum mobilium præfinitum sit, quam immobilium, non alia ratio est, quam ea, quam *hic* indicat Justinianus post Cajum *l. 1. hoc tit.* quod veteres crediderunt, annum aut biennium domino sufficere ad inquirendas res suas: posse scil. quemlibet patremfamilias res mobiles uno semestri recensere; et altero, quæ desiderantur, quærere; prædia uno anno lustrare, et quæ ab alio possessa invenerit, altero anno recuperare: quod et Varro *de re rust.* bono patrifam. faciendum esse monet.

6 (*Immobilis tantum in Italico solo*). Aut eo, quod jus Italici soli habebat. Nam et in provinciis fuere quædam prædia juris Italici, videlicet coloniarum, quibus jus Italicum datum erat, *l. 1. de censib.* in quibus prædiis mancipationi, et usucapioni locum fuisse, dubitandum non est. His exceptis, prædia provincialia neque à possessoribus mancipio dari, neque ab alio usucapi olim potuerunt. Nimirum, quia uterque hic modus acquirendi ex jure Quiritum erat, plenumque jus et dominium Quiritiarium continebat. Possessores autem prædiorum provincialium directi domini et pleno jure non erant: sed jus summum dominii populus Romanus sibi reservare consueverat, cum ea bello capta veteribus dominis restitueret, inque argumentum retenti juris annum iis vectigal imponere. Cæterum jus, quod possessoribus relictum erat, uti id à domino juris statim in alios traditione transferri poterat; ita et à bonæ fidei possesore longi temporis possessione acquiri, ne semper inquietaretur: quæ acquisitio præscriptio dicebatur, *l. 13. §. 1. de jurejur.* Erat autem jus tale, quod et exceptione defendere, et amissa possessione, utili actione persequi, *d. l. 13. §. 1. de jurejur. l. 8. C. de præscr. 30. ann.* hæredibus denique relinquere, et

(1) *Arg. l. 10. tit. 30. P. 3.*

(2) *Arg. l. 49. tit. 28. P. 3.*

in alios quosvis transferri licebat. Jus nimirum aliquod reale simile emphyteutico, quod proxime ad jus dominicum accedebat, et quod nunc vocarent *dominium utile.* Postquam autem Justinian., quod præscriptioni deerat, ex usucapione supplevit, unumque genus acquisitionis ex duobus fecit, certum est, possessione longi temporis justum et directum dominium possessori acquiri.

7 (*Ne rerum dominia in incerto essent*). His verbis ostenditur causa introducendi usucapionem. Si jus de usucapione constitutum æstimetur ex meris præceptis juris naturæ sive gentium, defendi ab iniquitate non potest: sed quod ex iniquo habet contra singulos, rependitur utilitate publica. Bono enim publico usucapio introducta est, ne scilicet diu rerum dominia in incerto essent, *l. 1. hoc tit.* quippe incertitudo dominii facit, ut res quæque negligentius habeatur, agri minus diligenter colantur: parit lites et controversias, quibus occurri publice interest: atque ut occurratur, et litium aliquis sit finis, usucapio constituta est, *l. ult. pro suo*; et ideo Cicero in *orat. pro Cæcin. cap. 26.* usucapionem appellat *finem sollicitudinis et litium.* Hæc igitur causa Legislatores movit, ut usucapionem introducerent: ut vero id fieret cum minima privatorum injuria, certa atque idonea tempora præstituerunt, quæ abunde dominis sufficerent ad inquirendas res suas, easque sibi asserendas, et possessionem alterius interpellandam (1). Quod si facere negligant, et patiantur usucapi, suamet ipsorum voluntate quodammodo rem alienare videntur, *l. 28. de verbor. sign.* Quanquam etiam contra ignorantem rem suam ab alio possideri usucapio procedit, *l. un. C. de usucap. transform. l. ult. C. de præscr. longi temp.* (2). Privatum enim damnum, quod ex usucapione est, pensatur egregio publico, in quo vera et solida utilitas continetur, et cujus proinde prima ratio habenda. Atque hæc hujus acquisitionis defensio sit contra eos, quibus ea genere ipso injusta videtur. Appellat sane Justinianus præscriptionem *impium præsidium et improbam temporis allegationem*, *nov. 9.* verum non simpliciter, sed quatenus eo præsidio homines scienter abutebantur contra constitutionem ipsius, et adversus bona ac subsidia Ecclesiarum.

8 (*Ne domini maturius rebus suis defraudentur*). Id est, ne maturius res suas amittant, ne possessionibus suis citius, quam par est, cadant, ut est in *d. l. un. C. de usucap. transform.* Usus autem est verbo *defraudandi* propter duritiem legis antiquæ, quæ nimis angusto temporis spatio usucapionem terminabat, remque alienam excluso domino addicebat possessori. Cæterum quod proprie hoc verbum significat, per fraudem scilicet rem alienam intervertere, id neque lege an-

(1) *L. 1. tit. 29. P. 3.*

(2) *L. 18. eod.*

tiqua possesori permissum fuit.

9 (*Constitutionem super hoc promulgavimus*). Ea est, *l. un. C. de usucap. transform.* qua lege, cum jam antea sustulisset antiquam distinctionem dominii in bonitarium et Quiritiarium, *l. un. C. de nud. jur. Quir. toll. hoc* insuper constituit, ut prædia provincialia eodem jure cum Italicis censerentur, atque æque ut Italica, eodemque effectu usucapi possent. Præterea tempora usucapionum tam in rebus mobilibus, quam in rebus soli in tantum prolongavit, ut nulla justa querimonia supersit, si tam longo tempore continuata possessio possessorem tueatur, eique dominium adjiciat. Summa constitutionis est, ut qui rem à non domino accepit ex justa causa, et bona fide, eamque mobilem per triennium, immobilem per decem annos inter præsentes, vel per viginti inter absentes continenter possedit, is ejus rei dominus pleno jure efficiatur (1).

10 (*Decennio inter præsentes, viginti annis inter absentes*). Explicat, quantum tempus intelligat per possessionem longi temporis, nimirum inter præsentes, id est, qui in eadem provincia sunt, *l. ult. C. de præscr. long. temp.* decem annos, inter absentes viginti (2). Atque ita sicut ex veteri usucapione effectum sumit, acquisitionem scilicet veri dominii, ita ex veteri præscriptione sumit spatium temporis, atque id ad usucapionem omnium rerum immobilium transfert; efficitque ex duabus unam acquisitionis speciem, ut jam nulla amplius differentia inter præscriptionem et rerum immobilium usucapionem supersit: præscriptionem, inquam, longi temporis, quæ itidem ut usucapio titulum et bonam requirebat fidem: nam præscriptionis temporis longissimi, scil. 30. vel 40. annorum, alia ratio est, quæ solo temporis lapsu possessorem tuetur.

11 "In Hispania statutum „quoque est in *l.* 12. *tit.* 29. *P.* 3. „sat esse ad usucapionem bonam „fidem haberi in initio, quin eam „impediat mala fides superve„niens, antequam ipsa usucapio „compleatur, et quidem indistin„cte. Lapsi enim sunt DD. Jor„dan de Asso, et de Manuel, dum „in *lib.* 2. *tit.* 2. *cap.* 11. §. 1. *sua„rum inst.* contendunt, distinctio„nem fieri in *d. l.* 12. et in *l.* 14. „*eod.* ut nempe bona fides in ini„tio sufficiat, quando res habetur „ex titulis donationis, vel per„mutationis, non si ex aliis. Nam „præterquam quod hujusmodi di„stinctio inepta foret, animadver„tere debuerunt, quod dum in „*vers.* Mas *d. l.* 12. bona fides „duobus requiritur temporibus in „causa emptionis, id exaudien„dum est de temporibus contra„ctus, et traditionis, prout ex ju„re Romanorum procedere per „*l.* 2. *pro emptore, et l. pen. hoc* „*tit.* supra diximus. Nec ad rem „facit laudata *l.* 14. *in pr.* quia „cum usucapionem excludit, non

(1) *L.* 9. *et l.* 18. *d. tit.* 29. *P.* 3.

(2) *L.* 18. junct. *l.* 19. *d. tit.* 29. *vers.* E fuera cum *seq.*

„est ob malam fidem, ea labente, supervenientem; sed quia loquitur de casu, quo titulus non verus est, sed existimatus: quæ existimatio sive ignorantia in facto proprio tolerabilis non est, Lopez in *gloss.* 1. *et* 2. *d. l.* 14. Quamvis autem hoc ita se habeat, Interpretes censent, malam fidem, quæ ante complementum usucapionis supervenit, eam impedire in Hispania, quasi in hoc jus civile cedere debeat canonico contrarium disponenti in *cap. ult.* ✠ *de præscr.* Lopez in *gloss.* 1. *d. l.* 12. D. Covarr. *lib.* 1. *variar. cap.* 3. *num.* 7. et passim DD."

TEXTUS.

Quæ res usucapi non possunt.

1 *Sed aliquando, etiamsi maxime quis bona fide rem possederit, non tamen illi usucapio ullo tempore procedit: veluti si quis liberum hominem, vel rem sacram, vel religiosam, vel servum fugitivum possideat* (1).

COMMENTARIUS.

1 *Hoc* §. *et aliquot sequentibus* disputatur de rebus, quæ etsi corporales sunt, usucapionem tamen non recipiunt: sed quia multæ, quæ in hoc numero sunt, *hic* non commemorantur, ecce tibi in summa omnes exhibeo. Quarundam rerum ea natura est, ut omnem omnino acquisitionem, qualiscunque ea sit, respuant, et consequenter simul usucapionem: cujusmodi sunt, quæ commercio humano sunt exemptæ, ac proinde in bonis haberi non possunt, ut homo liber, res sacræ, religiosæ, sanctæ, publicæ populi aut civitatum, *l.* 4. *l.* 6. *de contr. empt. l.* 9. *hoc tit.* (2). Quædam etiam res sunt, quæ cum sint in bonis, et acquiri possint, usucapi tamen non possunt, lege earum usucapionem prohibente. In hoc genere sunt res fisci, §. 4. *infr. l. quamvis* 18. *eod.* res dominicæ, *tit. C. ne rei domin. vel temp. vind.* (3), civitatum, Ecclesiarum, gerontocomiorum et locorum similium, *l.* 23. *C. de sacrosanct. Eccles. novv.* 9. 111. *et* 131. *cap.* 6. (4). res furtivæ et vi possessæ, §. *seq.* (5). Præsidi contra legem Juliam datæ, *l.* 48. *de adquir. rer. dom. l. pen. de leg. Jul. rep.* res pupillorum, *d. l.* 48. *l.* 3. *C. de præscr.* 30. *ann.* res minorum 25. annis, *l. ult. C. in quibus caus. in int. rest.* (6). bona adventitia filiifam. *l.* 1. §. 2. *C. de annal. exc.* (7), fundus dotalis, cujus

(1) *L.* 6. *d. tit.* 29.
(2) *D. l.* 6. cum *seq.*
(3) *D. l.* 6. *tit.* 29. *P.* 3.
(4) *L.* 7. *eod. l.* 10. *tit.* 19. *P.* 6. junct. *l.* 9. *eod.*
(5) *L.* 4. *vers.* E por ende. *l.* 5. *vers.* Mas si supiesse, *d. tit.* 29. *P.* 3.
(6) *L.* 8. *eod. l.* 9. *titul.* 19. *Part.* 6.
(7) *D. l.* 8. *tit.* 29. *P.* 3.

quod alienatio lege Julia prohibita est, *l. 4. de fund. dotal.* hoc ipso etiam usucapionem prohibitam esse, pro certo statuit Tryphonius in *l. 16. eod. tit.* (1). Postremo res testamento alienari prohibitæ, *l. 2. C. pro emp. l. ult. §. 3. C. com. de legat.* Jam pergamus.

2 (*Liberum hominem*). Sola temporis longinquitate, etiamsi sexaginta annorum curricula excesserit, libertatis jura non mutilari à Constantino rescriptum est, *l. ult. C. de long. temp. præscr. quæ pro lib.* Meminit Imp. 60. annorum, non quia longioris temporis lapsu libertati præscribatur; sed quia raro homines diutius vivunt. Etenim nec centum annorum præscriptio hic suffecerit (2), ut bene *istic.* Accurs. quoniam nulli omnino hic locus esse titulo potest.

3 (*Servum fugitivum*). Hic servus pertinet ad prohibitionem §. *sequent.* quippe qui sui ipsius furtum facere intelligatur, *l. 60. de furt. l. 1. C. de ser. fug.* (3).

TEXTUS.

De rebus furtivis et vi possessis.

2 *Furtivæ quoque res, et quæ vi possessæ sunt, nec si prædicto longo tempore bona fide possessæ fuerint, usucapi possunt* (4): *nam furtivarum rerum lex duodecim Tabularum, et lex Atilia inhibent usucapionem: vi possessarum, lex Julia et Plautia. Quod autem dictum est, furtivarum et vi possessarum rerum usucapionem per leges prohibitam esse, non eo pertinet, ut ne ipse fur, quive per vim possidet, usucapere possit (nam his alia ratione usucapio non competit; quia scilicet mala fide possident): sed ne ullus alius, quamvis ab eis bona fide emerit, vel ex alia causa acceperit, usucapiendi jus habeat. Unde in rebus mobilibus non facile procedit, ut bonæ fidei possessoribus usucapio competat. Nam qui sciens alienam rem vendiderit, vel ex alia causa tradiderit, furtum ejus committit. Sed tamen id aliquando aliter se habet. Nam si hæres rem defuncto commodatam, aut locatam, vel apud eum depositam, existimans hæreditariam esse, bona fide accipienti vendiderit, aut donaverit, aut dotis nomine dederit; quin is, qui acceperit, usucapere possit, dubium non est: quippe cum ea res in furti vitium non ceciderit: quum utique hæres, qui bona fide tanquam suam alienaverit, furtum non committat. Item si is, ad quem ancillæ ususfructus pertinet, partum suum esse credens vendiderit, aut si donaverit, furtum non committit. Furtum enim sine affectu furandi non committitur. Aliis quoque modis accidere potest, ut quis sine vitio furti rem alienam ad ali-*

(1) *D. l. 8.*
(2) *L. 6. l. 24. tit. 29. P. 3.*
(3) *L. 23. tit. 14. P. 7.*

(4) *L. 4. d. tit. 29. P. 3. l. 2. tit. 8. lib. 11. Nov. Recop.* cum *l. seq.*

quem transferat, et efficiat, ut à possessore usucapiatur. Quod autem ad eas res, quæ solo continentur, expedit, jus ita procedit, ut si quis loci vacantis possessionem propter absentiam aut negligentiam domini, aut quia sine successore decesserit, sive vi nanciscatur; quamvis ipse mala fide possideat (quia intelligit, se alienum fundum occupasse): tamen si alii bona fide accipienti tradiderit, poterit ei longa possessione res acquiri: quia neque furtivum, neque vi possessum acceperit. Abolita est enim quorundam veterum sententia existimantium, etiam fundi locive furtum fieri: et eorum utilitati, qui res soli possident, principalibus constitutionibus prospicitur, ne cui longa, et indubitata possessio debeat auferri.

COMMENTARIUS.

1 (*Furtivarum rerum lex XII. Tab. et lex Atilia*). Hanc legem non Atiliam, ut in *textu*, sed *Atiniam* appellandam esse, patet ex *l.* 4. §. 6. et *l.* 33. *hoc tit. l.* 215. *de verb. sign.* et Gellio *lib.* 17. *cap.* 7. Illius autem, et XII. Tab. meminit Julianus in *d. l.* 33. Verba legis Atiniæ prodit Gellius *d. cap.* 7. *Quod surreptum erit, ejus rei æterna auctoritas esto.* Quorum verborum hic sensus est: ejus rei, quæ surrepta est, dominium à domino nunquam recedat: jus et potestatem habeat semper eam vindicandi: nec ullo usu alteri acquiratur.

2 (*Vi possessarum, lex Julia et Plautia*). Quod attinet ad res soli, seu immobiles, vi possesa res sit opportet, ut usucapi nequeat: neque sufficit, vi aliquem de prædio dejectum esse, nisi qui dejecit, possessionem occupavit. Quod si ille ingressus non fuerit, sed alius in vacuam possessionem intraverit, poterit id prædium, etiam antequam in domini potestatem redeat, à bonæ fidei possessore usucapi, *l.* 4. §. 22. *l.* 33. §. 2. *eod.*

3 (*Unde in rebus mobilibus non facile procedit*). Quia rerum mobilium tantum, non etiam immobilium furtum fieri potest (1), inde colligit, usucapionem in rebus mobilibus difficilius et rarius contingere, hoc argumento, quod res, quæ furto obnoxiæ sunt, etiam facile in furti vitium cadunt: quisquis enim rem alienam mobilem sciens quacunque ex causa alii tradit, furtum committit: quod etiam scriptum est, *l.* 2. *C. pro empt. l.* 2. *C. pro donato.*

4 (*Bona fide accipienti vendiderit, aut donaverit*). Duos profer modos, quibus alienatio rei alienæ mobilis fit absque furto: utrumque ex Cajo *l.* 36. *hoc tit.* Unus hic est, si hæres rem defuncto commodatam, locatam, aut apud eum depositam, existimans eam hæreditariam esse, tanquam suam alienaverit. De hærede ipso rem talem retinente nihil

(1) *L.* 1. *tit.* 14. *P.* 7. *vers.* Otrosí.

dicit, quia ad probandum, quod propositum erat, sine vitio furti aliquando rem alienam transferri posse, hoc nihil facit. Nos, an hæres ipse hujusmodi rem usucapere possit, videbimus postea sub §. 7. *infr. eod.*

5 (*Partum suum esse credens*). Casus hujus generis alter: Partus ancillæ in fructu non est, sed ad dominum proprietatis pertinet, §. 37. *supr. rer. divis.* (1). Sed nec fructuarius usucapere partum potest, sive sciat, partum alienum esse, sive ad se pertinere putet: quia juris hic error est, qui possessori in usucapione non prodest, *l.* 31. *hoc tit.* Cæterum si partum suum esse credens, forte errori causam præbente, quod fœtus pecudum ad fructuarium pertinet, alteri eum vendiderit, poterit à bonæ fidei possessore usucapi, *d. l.* 36. §. 1. quippe cum hic nihil sit in persona accipientis, quod usucapioni obstet, neque furti vitio res affecta sit: non enim si fructuarius ignorantia juris partum ut suum vendat, idcirco eum furtivum facit: cum furtum non committatur sine animo et affectu furandi, qui in errante nullus est, *l.* 37. *eod.* §. 7. *inf. de oblig. quæ ex del.* (2).

6 (*Aliis quoque modis accidere potest*). Omnibus nempe eis in quibus distrahens rem alienam, suam esse putat. Sequuntur in *text.* casus in quibus rerum immobilium usucapio procedit.

7 Justinian. Ait prospici utilitati eorum, qui res soli possident *principalibus constitutionibus*: tum quibus possessores longi temporis, id est, 17. vel 20. annorum possessione defenduntur, *tit. C. de præscr. longi temp.* quod tempus nunc ad rerum immobilium usucapionem translatum est: tum quibus 30. annor. præscriptione domini omnimodo excluduntur, *l.* 3. et 4. *C. de præscr.* 30. *ann.* (3). Illud *hic* monendi sumus, Justinian. *novell.* 119. *cap.* 7. unde sumpta est *auth.* Malæ fidei *C. de præscr. longi temp.* hactenus juris ejus, de quo proxime egimus, constitutioni derogasse, ut si à possessore malæ fidei res alienata sit, non aliter ab eo, qui eam etiam bona fide accepit, usucapi aut longa possessione 10. vel 20. annorum acquiri possit, quam si dominus sciverit, rem suam ab alio possessam esse, et toto eo tempore contestatus non sit: alioqui spectari jubet 20. annorum præscriptionem (4). Cæterum hoc procedere tunc tantum volunt, si eo ipso tempore, quo res alteri traditur, sciat is, qui tradit, rem alienam esse, et nec initium quoque bonum habuerit. Add. quæ notat D. Gothofred. ad *dict. auth.*

8 "In Hispania *l.* 21. *tit.* 29.
"*P.* 3. probat doctrinam *ll.* 3. et
"4. *C. de præscr.* 30. *an.* uti etiam
"probatur in *l.* 19. *d. tit.* 29.
"doctrina *novell.* 119. *cap.* 7. ut

(1) *L.* 23. *tit.* 31. *P.* 3. *vers.* Otrosí.

(2) *L.* 1. *tit.* 14. *P.* 7.

(3) *L.* 21. *tit.* 29. *P.* 3.

(4) *L.* 19. *eod.*

„modo notavimus in margine ad „*versic. Principalibus.* Cæterum „Gregor. Lop. in *gloss. d. l.* 21. „censet malam fidem impedire „apud nos etiam præscriptionem „30. annorum: atque in hoc ar- „gumento jura canonica servari, „ut dixerat in *l.* 12. *ejusdem ti-* „*tuli* 29. de qua in *pr. hujus tit.* „sumus locuti. Quinimo Vela *dis-* „*sert.* 48. *num.* 45. *et seqq.* hanc „doctrinam statutam esse in *l.* 2. „*tit.* 8. *lib.* 11. *Nov. Recop.* con- „tendit, et per eam correctam es- „se *d. l.* 21. *tit.* 29. *P.* 3. et Co- „varr. in *regula Possessor, part.* 2. „§. 8. *num.* 5. Castillo *de tertiis* „*cap.* 26. *num.* 13. et Molina *de* „*primog. lib.* 2. *cap.* 6. *n.* 66. cum „pluribus aliis quos laudant, cen- „sens etiam præscriptionem im- „memorialem impedire mala fide; „mala scilicet quam malam esse „constat: nam quæ talis est dun- „taxat præsumptione, tollitur „præscriptione 30. annorum, Co- „varr. *d.* §. 8. *num.* 4. et *seq.*

TEXTUS.

De vitio purgato.

3 *Aliquando etiam furtiva, vel vi possessa res usucapi potest, veluti si in domini potestatem reversa fuerit: tunc enim vitio rei purgato, procedit ejus usucapio.*

COMMENTARIUS.

1 Rerum furtivarum, vi possessarum, contra legem Juliam datarum, vitium purgatur, si in potestatem domini aut prioris possessoris redierint: ex quo fit, ut jam iterum usucapi posse incipiant, *l.* 4. §. *6. l.* 24. §. 1. *hoc tit. l. penult. de leg. Jul. rep.* Verbum *potestatis* in proposito possessionem significat, et potestatem habendi tenendique, *d. l.* 4. §. 12. Res vi possessa redire debet in potestatem ejus, qui dejectus est, ut maxime dominus non sit; neque enim aliter vitium violentiæ purgatur, quam si dejectus ipse restituatur in possessionem, fac, *l.* 6. §. 3. *de precar.* Res contra legem repetundarum data necesse est, ut revertatur in potestatem ejus, á quo profecta est, hæredisve ejus, *d. l. pen. de leg. Jul. rep.* Rei autem furtivæ vitium ut purgetur, in ipsius domini potestatem eam reverti oportet, *d. l.* 4. §. quippe furtum in re furtiva solum dominum lædit: cui proinde soli etiam de re furtiva conditio competit, §. *ult. inf. de obl. quæ ex del.* Plane nihil interest, utrum in potestatem domini aut possessoris res pervenerit, an quocunque modo his satisfactum sit, *d. l.* 4. §. 13.

2 De re pignori data et surrepta, creditori dubitari potest, in domini debitoris, an creditoris potestatem redire debeat, ut vitium purgetur et usucapi possit: de quo vide, si placet, Cujac. in *d. l.* 4. §. *si rem* 21. nam Paulus respondit, in domini potestatem eam redire debere, *d. l.* 4. §. 6. Labeonis quoque eadem sententia est in *l. ult. eod.* Idem tamen Paulus *d. l. ult.* notas ad Labeo-

nem scribens contra affirmat, rem pignori datam et surreptam usucapi posse, si in potestatem creditoris redierit. Sed hæc non magno negotio conciliari possunt. Refert enim, utrum debitor ipse, an alius rem creditori surripuerit. Posteriore casu semper necesse est, ut vitium purgetur, in potestatem debitoris rem reverti *d. l.* 4. §. *6.* atque hoc etiam Labeo sensit. Priore autem casu purgatur reversa in potestatem creditoris, neque hoc Labeo negaret, fuitque semper extra omnem controversiam, atque a Paulo tantum indicatur, ut ostendat, posse aliquando pignus, quod in potestatem creditoris rediit, usucapi: quod Labeo non expresserat. Fuit autem, ut dixi, illud explorati juris: siquidem ratio aliqua esse debet purgandi vitii per reversionem rei in potestatem alterius, quam furis.

TEXTUS.

De re fiscali et bonis vacantibus.

4 *Res fisci nostri usucapi non potest* (1). *Sed Papinianus scripsit, bonis vacantibus fisco nondum nunciatis, bonæ fidei emptorem traditam sibi rem ex his bonis usucapere posse, et ita Divus Pius, et Divi Severus et Antoninus rescripserunt.*

COMMENTARIUS.

1 Inter res, quæ juris constitutione usucapioni obnoxiæ non sunt, quarum summam complexus sum sub §. 1. *supr.* primum locum obtinent res fisci, *l.* 18. *hoc tit. l.* 2. *C. comm. de usucap.* Hoc autem privilegium rebus fiscalibus merito datum est, ne negligentia procuratoris fisci Principi noceat, qui aliis curis implicatur, et tot ac tanta negotia sustinet, ut de suis aut fisci rebus ipsi inquirendi otium non sit. Rerum patrimonialium eadem ratio est, quæ ob id etiam cum fiscalibus comparantur, §. *ult. eod.* ¿Nullane igitur temporis defensio possessorem adversus fiscum tuetur? De fundis patrimonialibus et rei privatæ rescriptum est, possessores eorum 40. annorum præscriptione defendi, *l. ult. C. de fund. Patrim. l. ult. C. de fund. rei priv.* Tantum hoc cavetur, ut ne adversus fiscum ea præscriptione hoc assequantur, ut in futurum à canone possessio sit immunis, *d. l. ult. de fund. patrim.* Cæterum Justinianus in *l.* 24. *C. de sacros. Eccles.* civitatibus hoc privilegium dedit, ut adversus eas nulla procedat temporis præscriptio, præterquam 100. annorum: quo jure vel magis fiscum uti oportet. Idem jus eodem loco concedit etiam Ecclesiis: et confirmat *nov.* 9. verum abrogat iterum *novell.* 111. *et novell.* 131. *cap.* 6. substituta pro 100. annorum, 40. præscriptione: quibus posteriori-

(1) *L. 6. tit. 29. P. 3. vers.* E aun.

bus constitutionibus sublatum quoque intelligi debet jus civitatibus datum in *l.* 24. *C. de sacros. Eccles.* atque ita postremo in his rebus reditur ad præscriptionem 40. annorum (1). In causis fisci criminalibus, uti persecutio criminum regulariter exceptione 20. annorum excluditur, *l.* 12. *C. ad leg. Cornel. de fals.* etiam persecutio bonorum damnati aut adnotati, quam fiscus habet, eoque refero *l.* 13. *de divers. temp. præscript.* quamvis D. Cujac. eam accipiat de causis fisci civilibus, quas omnes scribit 20. annis extingui, excepta causa commissi et bonorum vacantium, *l.* 2. *C. de vect. et comm. l.* 1. §. 2. *de jur. fisc.*

2 (*Bonis vacantibus*). Bona vacantia dicuntur: *Bona eorum, qui sine hærede decesserunt.* Hæc ex lege Julia caducaria ad fiscum pertinent, *l.* 96. §. 1. *de legat.* 1. *l.* 1. *C. de bon. vac.* (2) Jus occupandi bona vacantia inter regalia numeratur, *l.* 2. *Feud. tit. quæ sint regal.* Erant autem certi delatores; qui hujusmodi bona aliamve rem ad fiscum pertinentem præmii alicujus gratia nunciabant, *tit. de jur. fisc.* passim, similes fere antiquis quadruplatoribus, de qua voce vide Festum. Bonorum vacantium numero habendi etiam bona caduca nondum nunciata, ita dicta, quod in fiscum certis de causis cadunt. Verum caduca pene à Justiniano sublata sunt, *l. unic. C. de cad. toll.*

3 (*Usucapere posse*). Opus tamen ad introducendam usucapionem rerum vacantium fuisse rescriptis, indicat *hic locus et d. l.* 18. *eod.* quippe bona vacantia ad fiscum pertinent ipso jure, etsi in patrimonio fisci non videantur computari, antequam nunciata sunt, et fiscus ad eam animum adjecit. Hæc autem bonorum vacantium usucapio in rebus duntaxat mobilibus utilis erit possidenti: nam ad immobilia quod attinet, tutius ac commodius ipsi erit præscriptione quadriennii uti, juxta *l.* 1. *C. de quadriennii præscript.* de quo *infr.* §. *ult.* quia prætterquam quod breviori tempore impletur præscriptio, ei mala fides non obest, quippe cum hoc tempus præstitutum sit actioni fisci, uti et quinquennium vindicandæ rei, quæ in commissum cecidisset, finito tempore actio fisci evanescit.

4 "In Hspania suprema jurisdictio sive civilis, sive criminalis Regi competens nullo unquam tempore, etsi immemoriali præscribitur, *l.* 4. *tit.* 8. *lib.* 11. *Nov. Rec.* uti nec gabellæ, *l.* 2. *eod.* Cæterum inferior jurisdictio qua civilis, qua criminalis cum juribus eidem annexis præscribitur tempore immemoriali: sicut civitates et pagi. Hoc autem tempus immemoriale

(1) *L.* 7. *d. tit.* 29. *vers.* Mas las otras, *l.* 26. *eod.* quæ centum annos requirit, dum agitur de rebus Eccles. Roman. et tribus contenta est, si agatur de rebus mobilibus.

(2) *L.* 6. *tit.* 13. *P.* 6. *in fin. l.* 1. *tit.* 22. *lib.* 10. *Nov. Recop.*

»probandum erit secundum for»mam statutam in *l.* 1. *tit.* 17. »*lib.* 10. *Nov. Recop.* quam tradi»mus in *Append. de Major. re»gula.* 11. Vide tamen Covarr. »de his late tractantem in *cap.* »*Possessor, part.* 2. §§. 2. *et* 3."

TEXTUS.

Regula generalis.

5 *Novissime sciendum est, rem talem esse debere, ut in se non habeat vitium, ut à bonæ fidei emptore usucapi possit, vel qui ex alia justa causa possidet* (1).

Nihil est in *hoc* §. quod explicationem desideret.

TEXTUS.

De errore falsæ causæ.

6 *Error autem falsæ causæ usucapionem non parit: veluti si quis, quum non emerit, emisse se existimans, possideat: vel quum ei donatum non fuerit, quasi ex donato possideat* (2).

COMMENTARIUS.

1 Jam ante dictum est, nulla justa causa possessionis præcedente, usucapionem aut longi temporis præscriptionem non procedere, *l.* 24. *C. de rei vindic.* Hæ causæ in usu juris etiam tituli appellantur, *d. l.* 24. *l.* 4. *C. de præscr. longi temp.* Justæ autem causæ possessionis sunt eædem, quæ et dominii acquirendi, *l.* 3. §. 21. *de adquir. poss.* ubi pleræque hujus generis commemorantur (3). Error autem falsæ causæ, id est, opinio justi tituli usucapionem non parit, sed oportet titulum revera intervenisse; hoc est, non is, qui putat se emisse, sibi donatum aut legatum esse, cum non sit, pro emptore, pro donato aut legato usucapere potest; sed is solus, qui vere emit, cui res vere donata aut legata est, *l.* 27. *hoc tit. et alibi*, quippe falsa nostra existimatio rei veritatem non mutat, *l.* 6. *ad munic.*

2 Quidam tamen veterum censebant, in falsa opinione tituli admittendam esse usucapionem pro suo: sed errare eos Celsus ostendit *d. l.* 27. Utitur autem hac ratione, quod ubi nihil emptum, nihil donatum aut legatum est, usucapio pro emptore, pro donato aut legato non valeat. Quæ ratio prima fronte inepta videri potest: nam illi, quos errare ait, non hoc dicunt, bonæ fidei possessorem, qui modo emptum, donatum aut legatum sibi existimet, etiamsi nihil horum sit, pro emptore, prove donato aut legato usucapere posse, sed pro suo: quod ratio Celsi non videtur removere, quoniam et titulus pro suo justus titulus est. Explicanda igitur est Celsi ratio, ut appareat, ex ea etiam effici, ut in propo-

(1) *L.* 4. cum *seq. tit.* 29. *P.* 3. *l.* 4. *tit.* 15. *lib.* 10. *Nov. Rec.*

(2) *L.* 14. *d. tit.* 29. *P.* 3.

(3) *L.* 9. *l.* 18. *eod.*

sito nec locus sit usucapioni pro suo. Titulus pro suo duplex est: unus specialis, de quo *hic* non agitur, utpote qui ex sola conditione rei possessæ nascitur, et locum habet in his, quæ sola occupatione nostra fiunt, ex quo titulo certa usucapio, *l.* 2. *pro suo*; alter generalis, cohærens cum aliis omnibus causis: ut ecce, qui bona fide pro emptore, pro donato, prove legato, possidet, is simul ex his causis etiam possidet pro suo: sed hic titulus generalis pro suo, pro justo titulo possessionis non habetur, nisi concurrat alius specialis, cui ille adhæreat, *l.* 1. *pro suo*. Jam puto, intelligitur, quam vim rátio Celsi habeat; nimirum remoto alio titulo speciali, quem in proposito nullum esse in confesso est, admitti non posse generalem illum pro suo. Cæterum hoc totum sic acceptum est, ut justus et probabilis error possessoris usucapioni non obstet; veluti, si servus aut procurator rem aliquam se emisse falso domino persuaserint, quam emendam illis mandaverat; in hoc errore possessor pro emptore usucapiet: quia in alieni facti ignorantia tolerabilis error est, *l.* 11. *pro empt. l. ult.* §. 1. *pro suo* (1). Potest et in nostro ipsorum facto talis error intervenire, ut usucapio non impediatur, *l.* 2. §. 15. *et* §. *seq. pro empt.*

TEXTUS.

De accessione possessionis.

7 *Diutina possessio, quæ prodesse cœperat defuncto, et hæredi et bonorum possessori continuatur, licet ipse sciat, prædium alienum esse. Quod si ille initium justum non habuit, hæredi et bonorum possessori licet ignoranti possessio non prodest. Quod nostra constitutio similiter et in usucapionibus observari constituit, ut tempora continuentur.*

COMMENTARIUS.

1 In primis eúm, quem usucapere volumus, possidere oportet. Sine possessione, ait Jurisconsultus, usucapio contingere non potest, *l.* 25. *hoc tit.* (2). Possidere in hoc argumento is solus intelligitur: *Qui animo dominantis rem tenet.* Quamobrem hinc removentur primum, qui alieno nomine in possessione sunt, ut fructuarius, creditor, colonus, is cui res commodata aut apud quem deposita est (3). Possidere autem oportet totum illud tempus, quod lege definitum est, rem mobilem triennium, immobilem decem aut viginti annos, et possidere continenter sine possessionis interruptione. Hinc recte usucapio à Modestino definitur: *Adjectio dominii per continuationem possesionis temporis*

(1) *D. l.* 14. *tit.* 29. *P.* 3.
(2) *L.* 9. *l.* 18. *eod.*
(3) *L.* 1. *tit.* 8. *lib.* 11. *N. R.*

lege definiti, l. 3. hoc tit. In computatione temporis hoc observatur, ut non à momento ad momentum computetur, sed dies postremus cœptus pro impleto habeatur, *l. 6. eod.*

2 Interrumpitur possessio duobus modis: uno naturaliter, veluti cum quis vi de possessione ejicitur, aut res nobis eripitur, *l. 5. eod. l. 15. de adq. poss.* (1), altero civiliter per litis contestationem (2): hoc modo civiliter interrumpi possessionem dicimus, quia post litis contestationem vere et naturaliter possidere non desinimus, et implemus usucapionem, *l. 2. pro donat. l. 2. §. ult. pro empt.* sed impleta inter moras judici usucapio effectu juris, victo possessori non prodest, sed rem restituere cogitur, perinde quasi non usucepisset, *l. 18. de rei vind.* Interruptio usucapionis, *usurpatio* appellatur in jure, *l. 2. hoc tit.* qui idcirco inscribitur in *D. de usurpationibus et usucapionibus.*

3 Naturalis interruptionis hanc vim fuisse constat, ut etsi quis amissam semel possessionem deinde recuperasset, ei prioris possessionis tempora ad usucapionem aut præscriptionem non prodessent; sed à recuperata possessione tempus denuo inchoaretur (3): et proinde etiam quod ad bonam fidem possidentis attinet, initium possessionis recuperatæ spectatum fuisse, *l. 15. §. 2. hoc tit.* Neque ex hoc jure quicquam mutatum. Litis autem contestatione usucapio non interpellabatur, sed ut dixi, condemnato possessore erat inefficax; lite omissa erat efficax. At longi temporis præscriptio, etiam plene interrumpebatur lite, *l. 2. l. 3. l. 10. C. de præscript. long. temp.* Sed hæc differentia penitus sublata est, hodieque etiam usucapio, quæ idem est cum longi temporis præscriptione, interrumpitur plenissime litis contestatione, per *l. penult. et ult. C. de annal. except.* (4).

4 Continuationem possessionis dum exigimus, non hoc præcise exigimus, ut una eademque persona per totum legitimum tempus continenter possideat; sed receptum est, ut ad usucapionem et longi temporis præscriptionem implendam alienæ possessionis accessione uti liceat (5). Atque hoc tributum est, licet dissimiliter, de quo statim, tam successori rerum singularum, puta emptori, donatario, quam successori universi juris, ut hæredi aut bonorum possessori, *hoc text. et §. seq.*

5 (*Licet ipse sciat prædium alienum esse. Quod si ille initium justum non habuit*). Hæc non ad quemvis successorem, sed successorem universi juris, hæredem aut bonorum possessorem tantum pertinent. Duo autem *hic* traduntur de successore universi

(1) *L. 29. tit. 29. P. 3.*
(2) *D. l. 29. vers.* Otrosí.
(3) *D. l. 29. in pr.*
(4) *D. l. 29. vers.* Otrosí.
(5) *L. 16. d. tit. 29. P. 3.*

juris: unum est, justam possessionem defuncti prodesse hæredi, et procedere etiamsi hæres sciat rem alienam esse, *l.* 43. *hoc tit.* alterum, injustam possessionem defuncti hæredi non procedere, licet ignoret rem alienam esse, fac. *l.* 11. *de div. temp. præscript. l.* 11. *C. de adq. poss.* Utrumque eandem rationem habet, quia scilicet hæres personam et conditionem defuncti suscipit, ita ut una persona cum defuncto censeatur. Hoc enim posito, qualitas possessionis ex persona defuncti tantum æstimanda, ut illa vel prosit hæredi, vel noceat: prosit, si defunctus bonum initium habuerit, etsi hæres non habeat; noceat, si defunctus bonum initium non habuerit, etiamsi hæres habeat; et perinde per omnia habeatur ac si defunctus adhuc ipse possideret. Succedit itaque hæres non tantum in virtutes defuncti, sed etiam in vitia, nec ignoratione sua ea excludit, ut ait Papinianus *d. l.* 11. *de div. temp. præscr.* et Impp. *d. l.* 11. *C. de adq. poss. Vitia possessionum*, inquiunt, *à majoribus contracta perdurant, et successorem auctoris sui culpa comitatur.* Ex quo hoc amplius etiam intelligimus, errare eos, qui hæredem nolentem uti accessione possessionis defuncti à semetipso inchoare possessionem atque usucapionem præscriptionemve statuto tempore implere posse, arbitrantur: quod jus tantum singularis est successoris, ut postea demonstrabitur.

6 Nihil vero eorum opinionem juvat *l. penult. pro hæred.* Neque enim negamus, posse aliquando hæredem usucapere, quod defunctus non potuit: sed dicimus non posse, quod defunctus vitiose possedit: poterit vero rem usucapere inter hæreditarias forte repertam, quam tamen defunctus non possidebat. Ut ecce, potest hæres ex sententia plerorumque veterum usucapere rem, quam putat hæreditariam esse, cum non sit, sed defuncto commodata, aut pignerata, aut apud eum deposita: quomodo explicanda est *d. l. pen.* nimirum quia nihil ex persona defuncti hic obstat hæredi, quominus ipse eam rem pro hærede usucapere possit: quanquam sunt, qui nec hoc ipso casu usucapionem pro hærede admittunt, per *ll.* 2. *et ult. C. pro hæred. l.* 4. *C. de præscript. longi temp.* Sed hoc si sequimur, delendi erunt *titt. de usucap. pro hærede*, possuntque *dd. ll.* 2. *et ult.* commode accipi de iis, qui falso existimant se hæredes esse.

7 "In Hispania non aliter
"possessio defuncti prodest hære-
"di ad usucapionem, quam si et
"hic bonam fidem habuerit, ut
"de successore singulari statutum
"esse jure Romanorum videbimus
"mox in §. *proximo.* Nulla igitur
"differentia apud nos est inter
"successorem universalem et sin-
"gularem, *l.* 16. *d. tit.* 29. *P.* 3.
"et recole quæ diximus *supr. in*
"*pr. hoc tit.*"

TEXTUS.

8 *Inter venditorem quoque et emptorem conjungi tempora,*

Divi Severus et Antoninus rescripserunt (1).

COMMENTARIUS.

1 De conjunctione temporum inter priorem possessorem et universi juris successorem dictum §. *præced.* Agitur *hic* de eadem conjunctione inter venditorem et emptorem, quod tamen jus ad cæteros quoque pertinet, qui alio titulo singulari, etiam lucrativo rem acceperunt, puta ex causa donationis aut legati, *l.* 13. §. 10. *et seqq. de adq. posses.* Scriptum *hic* simpliciter est, inter venditorem quoque et emptorem tempora conjungi: ¿an igitur eodem modo, quo inter defunctum et hæredem? Nequaquam: sed ita, si uterque bona fide rem acceperit, *d. l.* 13. §. *ult.*

2 Quod si successor accessione auctoris uti nolit, sed suæ tantum possessionis tempora computare, ei licebit, poteritque usucapere quod auctor usucapere non potuit, *l.* 5. *de div. temp. præscr. l.* 4. *C. de rei vind.* quod tamen ex parte emendatum et temperatum ex distinctione, quæ extat in *auth.* Malæ fidei *C. de præscr. long. tempor.* de qua *supra* locuti sumus §. 2. *in fin.* In hoc autem dissimilis item causa hæredis est, cui vitiosa defuncti possessio nocet, etiamsi adminiculo ex persona defuncti uti nolit; quippe qui tam in vitia, quam in virtutes defuncti succedit, et eadem cum defuncto persona esse existimatur, *l.* 11. *de div. temp. præscript.* vide §. *præced.*

TEXTUS.

De his qui à fisco, aut Imp. Augustæve domo aliquid acceperunt.

9 *Edicto Divi Marci cavetur, eum, qui à fisco rem alienam emit, si post venditionem quinquennium præterieris, posse dominum rei exceptione repellere. Constitutio autem divæ memoriæ Zenonis bene prospexit iis, qui à fisco per venditionem, aut donationem, vel alium titulum accipiunt aliquid: ut ipsi quidem securi statim fiant, et victores existant, sive experiantur, sive conveniantur: adversus autem sacratissimum ærarium usque ad quadriennium liceat iis intendere, qui pro dominio, vel hypotheca earum rerum, quæ alienatæ sunt, putaverint, sibi quasdam competere actiones* (2). *Nostra autem divina constitutio, quam nuper promulgavimus, etiam de iis, qui à nostra, vel venerabilis Augustæ domo aliquid acceperint, hæc statuit, quæ in fiscalibus alienationibus præfatæ Zenonianæ constitutionis continentur.*

COMMENTARIUS.

1 (*Si post venditionem quinquennium*). Mentio fit hujus

(1) *L.* 16. *tit.* 29. *P.* 3.

(2) *L.* 53. *tit.* 5. *P.* 5.

edicti D. Marci *l. ultim. C. si adv. fisc.* In hac autem præscriptione quinquennii nullam factam fuisse distinctionem inter bona aut mala fide quid à fisco accipientem, apparet ex eo, quod alioqui melior conditio fuisset ejus, qui à privato emisset, quam qui à fisco: siquidem is, qui à privato bona fide rem emerat, ad summum biennio eam usucapiebat.

2 (*Constitutio Zenonis*). Ea est *l. 2. C. de quadrienn. præscript.* Olim quinquennii præscriptione tuti erant, qui quid alienum emerant à fisco. Hodie statim tuti sunt ex constitutione Zenonis, sive conveniantur, sive ipsi amissa forte rei possessione ultro agant. Fisco autem alienanti rem alienam, vel alii pignori obligatam, datur præscriptio quadriennii, si post quadriennium eo nomine conveniatur à domino aut creditore pigneratitio, *d. l. 2.* Quod ideo sic constitutum esse videtur, ut tanto facilius emptorem fiscus reperiat; tum etiam ne rescindatur, venditio facta publica auctoritate: alioqui sane durum atque iniquum est domino aut creditori jus vindicandi aut persequendi rem suam, aut sibi nexam statim auferre, iisque objicere tam potentem adversarium.

3 (*Sacratissimum ærarium*). *Hic* diserte fiscus appellatur ærarium Principis, uti et in *l. 2. et 3. C. de quadr. præsc.* Cæterum constat, olim ærarium dictum fuisse pecuniam publicam sive imperii: fiscum autem pecuniam Imp. propriam ac privatam, cujusmodi erant bona damnatorum, caduca, vacantia aliaque, quæ Principi deferebantur, Plinius in *Panegyr. Trajano dicto*: *At fortasse non eadem severitate fiscum, qua ærarium cohibes? Imo tanto majore, quanto plus tibi licere de tuo, quam de publico credis.* Et paulo post: *Quæ præcipua tua gloria est, sæpius vincitur fiscus: cujus mala causa est nunquam, nisi sub bono Principe.* Ulpianus in *l. 2. §. 4. ne quid in loc. publ. Res, inquit, fiscales quasi propriæ et privatæ Principis sunt.* Hinc ratio fisci idem quod ratio Principis, et ratio privata, *l. pen. C. de edend. l. 2. C. de priv. fisc.* Procedente tempore, distinctio illa ærarii et fisci evanuit, ac utraque voce promiscue usi sunt, unaque tantum sub Græcis Principibus distinctio usurpata, fisci et bonorum Principis patrimonialium: quod *hic locus* aperte ostendit, et unde desumptus est, *l. ult. C. de quadr. præscr.*

4 (*Nostra autem divina constitutio*). Intelligit *l. ult. C. de quadr. præscr.* qua constitutione quod Zeno de fisco statuerat, producit ad substantiam Principis privatam, ut scilicet etiam rerum patrimonialium emptor statim securus sit, et dominus quadriennii præscriptione excludatur. Affertque hanc constitutionis suæ rationem, quod cum omnia Principis esse intelligantur, sive res sint fiscales, sive privatæ Cæsaris: nulla quod attinet ad harum rerum alienationem, differentia introducenda sit. Eadem constitutione etiam serenissimæ Augu-

stæ idem privilegium conceditur. Hoc jus atque hæc præscriptio fiscalis veteribus incognita fuit, ut liquet ex *l.* 13. §. 9. *de hæred. petitione.*

TITULUS SEPTIMUS.

DE DONATIONIBUS.

Dig. Lib. 39. *Titt.* 5. 6. *Cod. Lib.* 8. *Titt.* 54. *et* 57. *novell.* 162. (1).

1 Usucapionem, de qua proxime egimus, esse modum acquirendi jure civili, extra controversiam est: utrum autem donatio quoque eo pertineat, ambigitur. Et quidem absolutam inter vivos donationem, quæ traditione perficitur, et potissima donationis species est, nemo, opinor, tam est excors, qui juri civili adscribendam putet. ¿Quid enim habet illa à jure civili, quod ad formam ejus aut perfectionem pertineat? ¿Quid tam naturale est, quam hominem homini bene facere? Ad libertatem natura propensi sumus, testibus Cicer. in *Læl.* et Sen. in *lib. de benef.* Antiquitas nihil aliud existimavit esse Deum, quam prodesse mortalibus. Adhæc, nihil magis rationi naturali convenit, quam voluntatem domini rem suam in alium transferentis ratam haberi, ex causa liberalitatis id fiat, an ex qua alia, nihil refert, auctore ipso Justiniano §. 40. *sup. de rer. div.* ubi nominatim etiam donationem refert inter causas acquisitionis juris gentium. ¿An vel apud Sinas aut Japones credimus nullum esse exercitium liberalitatis, nullum donationis usum? At, inquis, lex Cincia supra modum donare prohibuit: et nunc donatio excedens summam 500. solidorum insinuanda est. ¿Quid tum postea? Lex Fusia Caninia vetuit ultra præscriptum numerum manumittere, ¿an ideo manumissio ex jure civili est? Quarundam rerum vetita est distractio, ¿an idcirco emptio venditio contractus juris gentium non est, sed juris civilis? Plane cum necessitas insinuandi donationem, quæ excedit supra dictam summam, à jure civili sit, concedo, tantæ quantitatis donationem, utpote quæ jam sola voluntate et traditione donantis non perficitur, posse referri inter modos acquirendi jure civili, arg. *l.* 6 *de just. et jur.* ut tamen non meri juris civilis ha-

(1) *Tit.* 4. P. 5. *et tit.* 7. *lib.* 10. *Nov. Recop.*

beatur, sed mixti, et maximam adhuc partem naturalis: aliæ autem omnes, quæ quantitatem legitimam non excedunt, juris mere naturalis sive gentium manent. ¿Quomodo ergo defendimus methodum Justiniani? Nimirum si dicamus, Justiniano principaliter propositum esse tractare de donationibus impropriis, mortis causa et propter nuptias: quæ ad jus civile non inepte referuntur; ut postea palam fiet. Hoc autem ipsa series tractationis ostendit, cujus initium à mortis causa donatione capitur; cum alioqui converso modo de donatione vera et absoluta primo loco agendum fuisset, uti factum est in *Pand. et C.*

2 Occurrit *hic* et aliud dubium, sitne scil. donatio modus acquirendi dominii, an solummodo titulus sive causa, ut emptio, dos, permutatio. Nam ratio ordinis exigit, ut dicamus esse acquirendi modum: contra vero causam tantum acquirendi esse, probat *d.* §. 40. *de rer. div.* Verum hoc non adeo difficile expeditu est. Etenim donationis verbum duobus modis accipitur. Uno modo proprie pro ipsa donatione, quando scil. liberalitatis exercendæ gratia aliquid alicui tradimus, et actum in accipientem transferimus, ut simul et causam tradendi et traditionem ipsam includat. Nam proprie donare nemo intelligitur, nisi qui tradat: unde donare et dare promiscue Jurisconsultus usurpat in *l.* 1. *hoc tit.* et donatio dicta quasi doni datio, *l.* 35. §. 1. *de mort. caus. don.* unde et Papinianus *l.* 23. *de donat. inter vir. et uxor.* donationem distinguit à stipulatione donationis causa facta. Altero modo metonymice pro conventione de dando, cum quis donationis causa aliquid promittit, *l.* 2. *l.* 12. *l.* 22. *eod.* Priore sensu accepta donatio modus est acquirendi dominii: posteriore non dominium, sed obligationem parit, rationemque causæ seu tituli habet, *d. l.* 22. Plerique magno molimine magnas *hic* nugas agunt.

TEXTUS.

De donationum divisione.

Est et aliud genus acquisitionis, donatio (1). *Donationum autem duo sunt genera: mortis causa* (2), *et non mortis causa* (3).

COMMENTARIUS.

1 Rectior fortassis erit divisio, si dicamus, donationem aliam esse propriam, aliam impropriam, *l.* 1. *hoc tit.* est enim donatio ex eorum generum numero, quæ non pariter subjectis speciebus omnibus conveniunt. Donatio propria, quæ et vera atque absoluta, *l.* 35. §. *de mort. caus. don.* est: *Cum quis solius liberalitatis gratia sic aliquid dat, ut statim velit accipientis fieri, neque ullo casu ad se reverti, d.*

(1) *Princ. et l.* 1. *tit.* 4. *P.* 5.
(2) *L.* 11. *eod.*
(3) *D. l.* 1. *et passim eod. l.* 1. *tit.* 7. *lib.* 10. *Nov. Recop.*

l. 1. *et d. l.* 35. §. 2. (1). Impropriæ donationis variæ sunt species. Talis est donatio propter nuptias, de qua §. 3. *infr. eod.* Tales sunt donationes omnes, quæ sub modo, causa, conditione fiunt, *tit. C. de donat. quæ sub modo*, et in speciem incidunt contractuum innominatorum, do ut des, do ut facias: item remuneratio: in quibus omnibus pro modo et quantitate retributionis, proprius aut longius à vera donatione receditur. Sic item quod honorarii nomine datur pro officio et opera præstita, et in factis, quæ locari solent, merces diceretur, in speciem meræ donationis non cadit: quia donari non videtur, nisi quod nullo jure cogente conceditur, *l.* 29. *hoc tit.* Et hoc est, quod DD. tradunt, donationem remuneratoriam proprie donationem non esse, per *l.* 9. §. 1. *l.* 27. *eod.* Talis denique est donatio mortis causa, propterea quod ex casu resolvitur, atque adeo ex pœnitudine revocari potest.

TEXTUS.

De mortis causa donatione.

1 *Mortis causa donatio est, quæ propter mortis fit suspicionem: quam quis ita donat, ut, si quid humanitus ei contigisset, haberet is, qui accipit; sin autem supervixisset is qui donavit, reciperet; vel si eum donationis pœnituisset: aut prior decesserit is, cui donatum sit* (2). *Hæ mortis causa donationes ad exemplum legatorum redactæ sunt per omnia. Nam cum prudentibus ambiguum fuerat, utrum donationis, an legati instar eam obtinere oporteret, et utriusque causæ quædam habebat insignia, et alii ad aliud genus eam retrahebant; à nobis constitutum est, ut per omnia fere legatis connumeretur, et sic procedat, quemadmodum nostra constitutio eam formavit. Et in summa, mortis causa donatio est, quum magis se quis velit habere, quam eum, cui donat, magisque eum, cui donat, quam hæredem suum. Sic et apud Homerum Telemachus donat Piræo.*

COMMENTARIUS.

1 (*Quæ propter mortis fit suspicionem*). Cum quid metu mortis vel ex præsenti, vel ex futuro periculo donatur; puta si donator gravi morbo laboret, si periculosam peregrinationem vel navigationem suscepturus sit, si iturus in militiam, si grassetur pestilentia etc. *l.* 2. *et aliquot seqq. l.* 35. §. 4. *hoc tit. de mort. caus. don.* Cæterum, an propter mortis suspicionem donatio facta sit, ex verbis donatoris æstimandum est. Nec enim sufficit ad hanc donationem, à moriente aut in periculo mortis posito quid donatum esse, nisi verbis declaraverit, se ob metum propinquæ mortis donasse: alioqui non tam mortis causa, quam moriens donasse

(1) *D. pr. et d. l.* 1.

(2) *D. l.* 11. *tit.* 4. *P.* 5.

censetur, *l. 42. in fin. eod.* Insuper etiam extra suspicionem ullius periculi, et à sano atque in bona valetudine constituto mortis causa recte donatur, sola cogitatione mortalitatis ex sorte humana, *d. l. 2.* Sed itidem verbis hoc declarandum, ne alias pura et simplex habeatur donatio. Si Titio centum donavero præstanda post mortem, donatio inter vivos est: nam tempus adjectum differendæ solutionis causa ad substantiam donationis non pertinet. Unde legi Falcidiæ in ea donatione locus non erit Add. Fachin. *5. cont. 22.* Non solum autem suæ mortis causa donare quis potest; sed etiam alterius, puta filii, fratris, sororis. *l. 18. hoc tit. de mort. caus. don.*

2 (*Quum quis ita donat*). Dupliciter autem quis sic donat, vel ut statim rem faciat accipientis, vel ut tunc demum, cum mors fuerit insecuta, *d. l. 2. eod.* Posteriore casu ad revocandam donationem competit donatori directa in rem actio, sive pœnitentia ductus donationem infringere velit, sive periculum, quod metuebat, evaserit, *l. 29. eod.* Priore condictionem habet, *l. 35. §. 3. eod.* habet et utilem in rem adversus quosvis possessores, *l. 30. eod.* sublatoque periculo, aut præmortuo eo cui donatum est, fortassis etiam in rem directam, quasi donatione ipso jure resoluta, *d. l. 29.* add. Gomez *2. resol. 4.*

3 (*Si quid humanitus*). Si quid humanum, *l. 26. pr. depos.* Veteres ominis causa sic loquebantur: *Si quid mihi acciderit*, pro *si moriar*, *l. 162. §. 1. de verb. sign.* Abstinebant à mortis vocabulo tanquam ominoso.

4 (*Sin autem supervixisset etc.*). Tribus casibus mortis causa donatio fit irrita: si donator salvus evaserit; quod *hic* dicitur *supervixerit*: si donationis eum pœnituerit: si donatario supervixerit, *l. 16. d. l. 29. et seq. eod.* (1). Si salvus evaserit, sic accipe, licet donatarius adhuc vivat. Si supervixerit donatario sic, etsi periculum adhuc duret, cujus contemplatione donatio facta. Plane si quis sanus et valens extra suspicionem alicujus periculi sola cogitatione mortalitatis commotus donaverit; non puto irritam fieri donationem, si forte donator morbum aliudve periculum, in quod postea incidit, evaserit: nam nihilominus causa donandi manet.

5 (*Ad exemplum legatorum redactæ sunt per omnia*). Fere scilicet: quam particulam mox etiam ipse exprimit, cum constitutionis meminit, qua hæc exæquatio facta est. Intelligit autem *l. ult. C. hoc tit. de mort. caus. don.* qua quidem hanc donationem ad similitudinem legatorum revocat: cæterum non simpliciter et per omnia, sed maxime ratione effectorum. In aliis vero magna adhuc dissimilitudo est: de quo habebimus, quod certo statuamus, si res hæc inductione utriusque generis exemplorum declaretur. Similitudo hujus dona-

(1) *D. l. 11. tit. 4. P. 5.*

tionis et conveniéntia cum legatis in his cernitur. Primo: quod quemadmodum in omni ultima voluntate, quæ testamentum non sit, quinque testes desiderantur, *l. ult.* §. *ult. C. de codicill.* ita et in mortis causa donatione, idque ad solemnitatem actus, *l. ult. C. hoc tit.* Secundo: quod, sicut legata à vivo testatoré revocari possunt, nec quicquam suprema voluntate relictum valet, nisi post mortem relinquentis, ita et hanc donationem pro arbitrio revocare liceat (1), nec prius rata aut perfecta habeatur, quam mors donatoris insecuta sit, *l.* 29. et *l. seq. hoc tit.* Tertio: quod sicut dominium rei legatæ statim à morte testatoris transit in legatarium, ita rei mortis causa donâtæ, nec ante traditæ, statim à morte donatoris in donatarium, *l.* 2. *de pub. in rem act.* Hæc sufficiunt, ut donatio mortis causa numeretur inter acquisitiones civiles. Illud autem falsum est, quod Glossa, Bart. Castr. in *l. qui mortis* 30. *hoc tit.* tradunt, et sequitur Gomez 2. *resol.* 4. *n.* 20. dominium rei mortis causa donatæ statim ut donatio facta est, transire, etiamsi traditio nulla secuta sit. Nam sive cum contractibus hanc donationem conferre placet, explorati juris est, ex nullo contractu citra traditionem dominium transferri; sive cum legatis, constat, dominium rei legatæ demum post mortem testatoris in legatarium transire. Quarto: quod sicut legatario substitui potest, ita et nostro donatario, *l.* 10. *eod.* Quinto: quod hæc donatio perinde ut legata, lege Falcidia imminuatur, *l.* 42. §. 1. *hoc tit. l.* 2. *C. eod.* (2). Sexto: quod in ea locum habet jus accrescendi inter conjunctos in eandem rem, *l. unic.* §. 14. *C. de cad. toll.* Gomez 1. *resol.* 10. *n.* 7. Septimo: quod quemadmodum conjux conjugi legare, ita et mortis causa donare potest, *l.* 9. §. *ult. et ll. seqq. de donat. int. vir. et ux.* Postremo: quod in hoc genere donationis non opus est insinuatione, *l. ult. C. hoc tit.*

6 Dissimilitudo et discrepantia elucet in his. Primo: quod mortis causa donatio sic fieri potest, ut nullo casu revocetur, quod secus est in legatis, *l.* 22. *de legat.* 3. *l.* 4. *de adim. legat.* Quanquam fatendum est, talem mortis causa donationem naturam mutare, et effectu esse donationem inter vivos, *l.* 27. *hoc tit.* Idque eleganter ostendit D. Joann. Decker. *dissert.* 1. *n.* 40. *et seq.* Secundo: quod donatio hæc ab aditione hæreditatis, sicut legatum non pendet, sed sola morte confirmatur donantis, *l.* 32. *eod.* Tertio: quod donatio in singulos annos una est, legatum tale multiplex: itaque illa ad hæredes pertinet: at primi anni legatum duntaxat purum est, reliquorum conditionale, quod ad hæredem legatarii ante diem non transit, *l.* 35. §. *ult. hoc tit.* Quarto: quod in mortis causa donationibus, an

(1) *D. l.* 11. *tit.* 4. *Part.* 5. *vers.* La tercera.

(2) *L.* 1. *in fin. tit.* 11. *P.* 6.

quis capere possit, non donationis, sed mortis tempus inspicitur, *l.* 22. *hoc tit.* cum in legatis etiam tempus facti testamenti spectetur. §. 4. *infr. de hær. qual.* Quinto: quod donatio fit inter duos, legatum autem præter voluntatem unius testatoris nihil desiderat: unde legatum etiam in absentem et ignorantem conferri potest, donatio autem à præsente in præsentem conferenda, *l.* 38. *hoc tit.* aut utique in absentem per nuncium aut litteras, ut sciat, et donationem accipiat, *l.* 10. *de donat.* Quod si quis absenti et ignoranti se donare quid simpliciter dixerit, defenditur donatio jure fideicommissi ex communi Interpretum sententia. His de causis donatio hæc naturam contractus habere dicitur, *d. l.* 35. §. 3. *hoc tit.* unde etiam illud est, quod filiusfam. consensu patris mortis causa donare potest, quamvis testamentum facere non possit, nec permittente patre, *l.* 25. §. 1. *eod.* Vulgo DD. sic distinguunt, donationem hanc habere naturam contractus, cum in esse producitur, effectu autem et cum in esse producta est, rationem ultimæ voluntatis. Cæterum prius per omnia verum non esse, numerus testium et remissio insinuationis liquido ostendit: idemque de posteriore probat, quod hæc donatio non pendet ab aditione hæreditatis.

7 (*Magis se quis velit habere etc.*). Ex Marciano in *l.* 1. *eod.* Estque hæc ratio, cur donationem mortis causa revocare liceat. In donatione inter vivos, qui donat, donatarium solum cogitat, atque illum quam se habere mavult: in donationes autem mortis causa; qui donat, se primum et principaliter cogitat, atque amore vitæ recepisse potius, quam dedisse mavult. In summa, se potius habere vult, quam eum, cui donat: illum deinde potius, quam hæredem suum, *d. l.* 35. §. 2. *eod.*

8 "In Hispania *lex* 11. *tit.* 4. „*P.* 5. jus Romanorum probans, „quinque testes desiderat in do„nationibus mortis causa. Sed „post latam, *l.* 1. *tit.* 18. *lib.* 10. „*Nov. Recop.* quæ tribus testibus „contenta est in testamentis nun„cupativis, eo modo quo exponi„mus *infr.* in §. *ult. de testam. or*„*din.* dicendum cum D. Covarr. „in *rub. de testam. part.* 3. *n.* 32. „Matienz. in *d. l.* 1. *gloss.* 2. *et* „in *l.* 7. *tit.* 10. *ejusd. lib.* 5. „Burg. de Paz in *l.* 3. *Taur. n.* 814. „trium testium numerum relato „modo, sufficere in his donatio„nibus: tum quia verba *d. l.* 11. „*ó otra postrimera voluntad*, do„nationem mortis causa satis com„prehendunt: tunc etiam, quia „incongruum omnino foret, ma„jorem solemnitatem requiri in „donationibus istis, quam in te„stamentis: qua ratione quæ in „testamento remittuntur, etiam „in donationibus remissa intelli„guntur, *l. Marcellus* 15. *de mort.* „*caus. don.*

TEXTUS.

De simplici inter vivos donatione.

2 *Aliæ autem donationes sunt,*

quæ sine ulla mortis cogitatione fiunt, quas inter vivos appellamus, quæ non omnino comparantur legatis: quæ si fuerint perfectæ, temere revocari non possunt. Perficiuntur autem, cum donator suam voluntatem scriptis, aut sine scriptis manifestaverit. Et ad exemplum venditionis nostra constitutio, eas etiam in se habere necessitatem traditionis voluit, ut etiamsi non tradantur, habeant plenissimum et perfectum robur, et traditionis necessitas incumbat donatori. Et cum retro Principum dispositiones insinuare eas actis intervenientibus volebant, si majores fuerant ducentorum solidorum; constitutio nostra eam quantitatem usque ad quingentos solidos ampliavit, quam stare etiam sine insinuatione statuit. Sed et quasdam donationes invenit, quæ penitus insinuationem fieri minime desiderant, sed in se plenissimam habent firmitatem. Alia insuper multa ad uberiorem exitum donationum invenimus, quæ omnia ex nostris constitutionibus, quas super his exposuimus, colligenda sunt. Sciendum est tamen, quod etsi plenissimæ sint donationes, si tamen ingrati existant homines, in quos beneficium collatum est, donatoribus per nostram constitutionem licentiam præstitimus certis ex causis eas revocare: ne illi, qui suas res in alios contulerint, ab his quandam patiantur injuriam vel jacturam, secundum enumeratos in constitutione nostra modos.

COMMENTARIUS.

1 Agitur *hic* de donatione propria: quæ alias vera, absoluta, et mera, *l.* 35. §. 2. *de mort. caus. don. l.* 27. *hoc tit.* alias simplex, *l.* 20. §. 3. *famil. ercisc.* alias directa, *l.* 25. *hoc tit. C. de donat.* alias inter vivos, ut *hic*, et *l.* 27. *de mort. caus. don.* appellatur. Descripsimus hanc donationem initio *hujus tituli.*

2 (*Temere revocari non possunt*). Mortis causa donatio temere, hoc est, pro arbitrio, facile et sine causa revocari potest: quippe quæ hanc in se semper conditionem habet, ut revocare liceat. Vera autem donatio natura sua irrevocabilis est: nam quod hanc etiam aliquando revocari licet, id ex accidenti est, et facto donatarii, pro beneficio insignem injuriam rependentis, non ex intentione donantis, utpote qui sic donat, ut nullo casu velit ad se reverti, *l.* 1. *hoc tit.* Utique tamen si præscivisset donator ingratum fore donatarium, abstinuisset dubio procul à beneficio: et hinc ortum jus revocandi, de quo sub finem *hujus* §.

3 (*Perficiuntur autem, cum donator voluntatem suam manifestaverit*). Et donatarius eam voluntatem gratam ac ratam habuit. Neque enim donatio est sine acceptione, *l.* 10. *hoc tit. l.* 19. §. 2. *eod.* quippe datio acceptione confirmatur. Perficitur donatio ex constitutione Justiniani solo consensu, ut emptio et venditio: non est igitur perfecta habenda, ante-

quam eam gratam habuerit donatarius, excepto casu comprehenso, *l.* 15. *C. de sacros. Eccles.* favore Ecclesiæ. Denique in omni conventione consensum mutuum intervenire oportet.

4 Sed et perfectio, de qua *hic* agitur, primus tantum gradus perfectionis est, unde donatario acquiritur obligatio et actio, non rei donatæ dominium. Etenim vere et plene demum perficitur et consummatur donatio, doni et promissi præstatione. Eodem modo emptio venditio perfici dicitur, simul atque de pretio inter emptorem et venditorem convenerit, §. 3. *inf. de empt. et vend.* At constat, eam non ante pro consummata haberi, quam res tradita, et pretium solutum sit. Videtur autem Justinianus *hoc tit.* id tantum indicare voluisse, quod ipse constituit, ex nudo pacto donationis obligationem introducens, *l.* 35. *C. hoc tit.* contra regulam generalem juris antiqui, *l.* 7. §. 4. *de pact.*

5 Illud vero constat, non easdem esse præstationes donatoris et venditoris: donatorem ad dandum, venditorem simpliciter ad tradendum teneri: donatorem in quantum facere potest (1), venditorem in solidum condemnari: hunc teneri nomine evictionis; illum non item, *l.* 18. §. *ult. hoc tit.* Neque tamen ideo male donatio et venditio inter se, ut similia, comparantur. Nam in omni similitudine inspiciendus est principalis scopus atque intentio ejus, qui ea utitur: cui scopo si serviat, cætera similia sint, an dissimilia, parum refert.

6 (*Insinuari actis intervenientibus volebant etc.*). Lex civilis neminem donare aut liberalem esse vetat: cæterum prospexit, ne cujuslibet summæ aut quantitatis donatio statim rata esset. Et recte: expedit enim Reipubl. ne quis temere patrimonium suum effusis largitionibus exhauriat; hoc enim est re sua male uti, eamque perdere. Modum donationibus primum imposuit lex Cincia, qua cautum Ulpianus *tit.* 1. scribit, ne supra certam quantitatem, quam tamen non exprimit, donare liceret, extra quam si conjunctis personis donaretur: quod jus usque ad Constantini tempora duravisse videtur, per *l.* 3. *C. Theod. hoc tit.* Unde existimare licet, quantitatem lege Cincia definitam fuisse ducentorum aureorum: et donationem, quæ eam quantitatem excederet, actis fuisse insinuandam, hoc est, consignandam litteris publicis, quod Constantinus etiam custodiri voluit inter necessarias conjunctasque personas, *l.* 5. *C. Theod. l.* 27. *C. hoc tit.* Justinianus autem quantitatem auxit, primum ad trecentos, *l.* 34. *C. eod.* deinde ad quingentos solidos, *l. pen.* §. *ult. C. eod.* atque ad hanc usque quantitatem liberam donandi facultatem unicuique permisit, etiam sine donationis insinuatione. Si vero hanc summam donatio superaret, non aliter ratam eam

(1) *L.* 4. *tit.* 4. *P.* 5. *vers.* Mas.

esse voluit, quam si in acta publica relata esset. Neque tamen in totum irritam esse jussit donationem, quæ summam definitam excedens actis inserta non esset; sed tantummodo quatenus terminos legis excederet, *d. l.* 34. *hoc tit. novell.* 162. *cap.* 1. §. *ult.* (1).

7 (*Quæ insinuationem minime desiderant*). Harum numero sunt donationes principales, quas scilicet vel Princeps facit, vel quæ Principi fiunt, *l.* 34. *C. hoc tit.* (2): item donatio propter nuptias, *nov.* 119. (3), ubi in vulgari versione nomen sponsalitiæ largitatis sumptum pro donatione propter nuptias. Postea distinctio aliqua adhibita, *nov.* 127. §. 2. *auth.* Eo decursum *C. de don. ante nupt.* Præterea si quid pro redemptione captivorum, pro restitutione ædium incendio aut ruina consumptarum (4), aut si quid fortissimis militibus donatum sit à militum magistris, quanticunque sit pretii quod donatum est, valet donatio, etiamsi actorum auctoritate non nitatur, *l. pen. in pr.* §. 1. *et* 2. *C. eod.*

8 (*Alia insuper multa ad uberiorem exitum donationum invenimus*). Huc refero, quod Justinianus constituit, ut majoris summæ donationes, quæ actis inscriptæ non sunt, non omnino, sed tantum quatenus legitimam summam excedunt, vitientur, *d. l.* §. 1. *hoc tit.* Item ut plurium donationum eidem, sed diversis temporibus factarum summæ non simul æstimentur, sed cujusque donationis separatim et distincte; utque idem fiat, cum annua quantitas donatur ad tempus vitæ donantis aut donatarii, *d. l.* 34. §. *pen. et ult.*

9 (*Si tamen ingrati*). Simplex et mera donatio temere, ur supra dictum est, revocari non potest: non sola pœnitentia, ut donatio mortis causa: ac ne ob quamlibet quidem ingratitudinem donatarii. Cæterum si insignis sit illius ingratitudo et talis, quæ sceleri affinis sit aut conjuncta, etiam hujusmodi donationem revocare merito et tanquam ab indigno auferre concessum est, *l. ult. C. de revoc. don.* (5). Poteritque eo nomine vel Judicis implorari officium, vel agi condictione ex *d. l. ult.*

10 (*Donatoribus licentiam præstitimus*) Donatoribus solis, non etiam hæredibus eorum, *d. l. ult. C. de revoc. don.* (6), quippe actio, quæ adversus ingratos datur ad revocandam donationem, vindictæ cujusdam et ultionis injuriæ effectum habet, et ideo personalis est, atque actioni injuriarum in hoc similis; quam constat hæredi ejus, qui injuriam passus est, non dari, §. 1. *infr. de perp. et temp. act.* Nec in hæredes igitur ingrati danda erit, nec si ipsi ingrati, non donatarius, extiterint, arg. *d. l. ult.*

(1) *L.* 9. *d. tit.* 4. *P.* 5.
(2) *D. l.* 9.
(3) *D. l.* 9.
(4) *D. l.* 9.
(5) *L.* 10. *d. tit.* 4. *P.* 5.
(6) *D. l.* 10. *t.* 4. *P.* 5. *vers. ult.*

11 (*Ex certis causis*). Quæ uumero quinque exprimuntur *d. l. ult.* et nimirum hæ: si donatarius atroces injurias in donatorem effuderit: si illi impias intulerit manus: si vitæ ejus insidietur: si grandem jacturæ molem substantiæ seu bonis donatoris ingesserit (1): si conventiones donationi appositas implere nolit. Hæc autem ultima causa non videtur posse accommodari donationi propriæ et absolutæ, quæ conventiones seu gravamina non admittit. Enimvero licet plures causas non enumeret Justinianus, atque ob eas tantummodo, quas exprimit, revocationem donationis permittat: assentior tamen communi DD. sententiæ, qui negant, similes et majores causas ob id excludi oportere, uti recte iidem etiam admittunt causas alias exhæredationis præter eas, quæ enumerantur *novell.* 115. *cap.* 3. de quo uberius *infr. de inoff. testam.*

12 Additur à DD. et alia causa revocandæ donationis, si scilicet donator post factam donationem liberos susceperit, per *l.* 8. *C. d. tit. de rev. don.* Tametsi enim ea lex tantum loquatur de patrono et libertis, quorum propria et diversa prorsus in plerisque rebus ratio est, atque aliorum extraneorum; putant tamen, quorumcunque donationes eodem isto jure censendas, ut insperato succedens filiorum soboles irritam faciat donationem. Utuntur autem hoc argumento: quod donatio facta ab eo, qui liberos non habet, videatur in se continere tacitam conditionem, si liberi ipsi postea nati non fuerint, de quibus si cogitasset, donaturus fuisse credi non debeat; cum nemo præsumatur successiones alienas propriis anteponere, per *l. cum avus* 102. *de cond. et dem. l.* 30. *C. de fideicomm.* Ego vero, etsi hæc sententia colorem aliquem humanitatis habere videtur, ausim affirmare, eam mentem Constantini, cujus est *d. l.* 8. minime fuisse ¿Cur enim de patrono tantum locutus esset? ¿ An quia ex facto inciderat, ut de donatione à patrono facta quæreretur? Atque generalis est constitutio ad Præfectum prætorio, non ad patronum aliquem, aut certam facti speciem directa. Quoties autem lex de certis personis loquitur, quibus aliquid beneficii tributum vult, certum est, legem ad alias personas non pertinere. *l.* 64. §. *pen. solut. matrim. l.* 11. *de testam. milit.* Est vero etiam jus illud novum constitutum contra manifestam rationem juris communis statuentis neminem posse renuntiare obligationi semel constitutæ, adversario non consentiente, *l.* 5. *C. de obl. et act.* cum *similib.* ut Interpretis non sit, ad alios casus et donatores extraneos id producere, *l.* 14. *de legibus.*

13 Excutiantur omnes loci juris civilis, nullus invenietur, qui de jure revocandi donationem propter liberos donatori postea natos loquatur: ac ne apud Justinianum quidem, qui cum liberorum jura

(1) *D. l.* 10.

ubique non servaverit modo, verum etiam auxerit, utique hujus revocationis aliqua parte mentionem fecisset: certe ubi ex professo recenset causas revocandæ donationis, si hanc etiam pro causa generali haberi voluisset, omissurus non fuerat. Canones etiam contrarium ostendunt, *cap. ult. caus.* 17. *quæst.* 4. ubi Augustinus laudans factum S. Aurelii Episcopi Carthaginiensis, quod reddidisset donatori ob liberos ei natos, quæ ille Ecclesiæ donaverat: *In potestate*, inquit, *habebat Episcopus non reddere, sed jure fori, non jure poli.* Perperam autem ad præsentem causam trahitur species *d. l. cum avus.* 102. *de cond. et dem. et de l.* 30. *C. de fideic.* quia non loquuntur hæ leges de donatione, sed de ultimis voluntatibus, quæ ex solius testatoris mente interpretationem recipiunt, et pro ejus solius arbitrio constituuntur, sustinentur et revocantur, *l.* 19. *de cond. et demonstr. l.* 35. §. 3. *de hæred. inst.* secus atque in contractibus, *d. l.* 5. *C. de obl. et act.* in quibus et contra cum fieri solet interpretatio, cui liberum fuit, re integra, aperte loqui, per *l.* 99. *de verb. oblig.* cum *simil.* Adhæc, in donatione inter vivos qui donat, potius donatarium, quam se ipsum habere mavult, *l.* 35. §. 2. *de mort. caus. don.* ergo et donatarium potius, quam suos liberos: quod secus quoque accidit in ultimis voluntatibus, ut bene probat Anton. Fab. *lib.* 7. *conject. cap.* 14. ubi et aliis rationibus hanc sententiam firmat.

14 "*In Hispania lex* 9. *tit.* 4. »*P.* 5. insinuationis necessitati »subjicit donationes quæ excedant quingentos marabotinos »seu maravedisios aureos, ex eis »scilicet qui pendebant sextam »unciæ auri partem, ut probat D. »Covarr. *de veter. numis. collat.* »*cap.* 6. *num.* 4. simulque statuit »*ead. l.* ut insinuatione non egeant donationes illæ, quæ conferuntur in Ecclesias, Xenodochia »vel locum aliquem religiosum. »Cæterum donatio omnium bonorum vel magnæ eorum partis »facta ab eo, qui liberos non habet, rescinditur in totum ipso jure ob insperatam sobolis ejusdem donatoris nativitatem, *l.* 8. »*tit.* 4. *P.* 5. Quid autem nomine »magnæ partis veniat intelligendum, lex non exprimit: unde probabilius videtur arbitrio Judicis relictum esse, Lopez in *gloss.* »5. *d. l.* 8. Molina *tract.* 2. *de just.* »*et jure*, *disput.* 282. qui et alias »in hoc argumento quæstiones »examinant, quas nostrum institutum discutere non patitur. »*Laudata* tamen *Partitæ lex* quatenus de donatione omnium bonorum loquitur, intelligenda est »post *leges Taurinas*, ut locum »habeat eo casu quo donator usumfructum vel alliud sibi reservaverit: quia alias similis donatio omnium bonorum etsi præsentium duntaxat, nulla est ab »initio independenter à filiorum »nativitate, *l.* 69. *Tauri*, quæ eadem est cum 2. *t.* 7. *l.* 10. *N. R.* »8. *t.* 10. *lib.* 5. *Recop.* Sed et olim nulla pronuntiata fuerat donatio omnium bonorum, *l.* 7. *t.* »12. *lib.* 3. *Fori Regii.*"

TEXTUS.

De donatione ante nuptias vel propter nuptias.

3 *Est et aliud genus inter vivos donationis, quod veteribus quidem prudentibus penitus erat incognitum, postea autem à junioribus Divis Principibus introductum est, quod ante nuptias vocabatur, et tacitam in se conditionem habebat, ut tunc ratum esset, cum matrimonium esset insecutum. Ideoque ante nuptias vocabatur, quod ante matrimonium efficiebatur, et nunquam post nuptias celebratas talis donatio procedebat. Sed primus quidem Divus Justinus pater noster, cum augeri dotes et post nuptias fuerat permissum, si quid tale eveniret, et ante nuptias augeri donationem, et constante matrimonio, sua constitutione permisit: sed tamen nomen inconveniens remanebat, cum ante nuptias quidem vocabatur, post nuptias autem tale accipiebat incrementum. Sed nos plenissimo fini tradere sanctiones cupientes, et consequentia nomina rebus esse studentes, constituimus, ut tales donationes non augeantur tantum, sed etiam constante matrimonio initium accipiant: et non ante nuptias, sed propter nuptias vocentur: et dotibus in hoc exæquentur, ut quemadmodum dotes, constante matrimonio, non solum augentur, sed etiam fiunt: ita et istæ donationes, quæ propter nuptias introductæ sunt, non solum antecedant matrimonium, sed eo etiam contracto augeantur, et constituantur.*

COMMENTARIUS.

1 Dos et donatio propter nuptias genera sunt impropriæ donationis inter vivos. Dotem ab antiquis inter donationes numeratam, testis est ipse Justinian. *l. ult. C. de donat. ant. nupt.* ut mirum sit, nihil de ea *hoc loco* tradi. Est autem dos: *Donatio nomine uxoris in maritum collata ad onera matrimonii sustinenda, l. 20. C. de jur. dot.* Donatio propter nuptias vice versa est: *Quæ à parte mariti in uxorem, vel sponsi in sponsam confertur in securitatem dotis, et quasi remunerandæ dotis causa.* Est igitur donatio propter nuptias veluti contraria dos mariti.

2 (*Quod veteribus prudentibus penitus erat incognitum*). Veteribus incognitæ non fuere donationes ante nuptias, hoc est, quæ inter sponsum et sponsam liberalitatis et amoris gratia fieri solent, et juris gentium sunt, ut cæteræ donationes propriæ quæ ex mera liberalitate fiunt: sed talis species donationis ante nuptias, qualis tempore Justiniani frequentabatur, veteribus incognita fuit, utpote quæ demum post translationem Imperii in Orientem excogitata est, sensimque ita formata, ut vera donatio, et juris gentium esse desierit, factaque sit species donationis impropriæ, et quæ omnino sit juris civilis.

3 Itaque ex constitutione Constantini hoc jure uti cœperunt, ut donatio omnis inter sponsum et sponsam facta, intelligeretur tacitam in se habere conditionem futurarum nuptiarum, *l.* 15. *C. eod. tit.* Et optima sane ratione: nam donatio sponsi in sponsam merito præsumitur proficisci à singulari affectione, qua sponsam ut futuram uxorem complectitur, sine spe nuptiarum haud facile donaturus. Non est autem hac Constantini constitutione effectum, ut donatio interim in suspenso sit, donec nuptiæ secutæ fuerint: ita enim futurum esset, ut in eum casum incideret, à quo non posset incipere, nimirum, in donationem inter virum et uxorem, *l.* 4. *C. eod.* quæ jure civili semper prohibita fuit: sed ut non secutis nuptiis resolvatur, uti antea fiebat, cum id expresse cautum fuerat, *d. l.* §. 1. *hoc tit.* itaque quod *hic* suspenditur non est donatio, quæ statim valet, sed ejus resolutio. Cæterum non in omnem eventum, quo nuptiæ secutæ non fuerant, repetitionem donati Constantinus concessit; sed ita distinxit, ut si per eum eamve, qui quæve donationem accepit, steterit, quo minus nuptiæ sequerentur, donatori aut donatrici condictio daretur ob causam dati, causa non secuta; sin vero per donantem factum esset, non solum donati esset retentio, verum etiam exactio *d. l.* 15. Quod si mors alterutrius spem nuptiarum sustulisset, tunc si quidem sponsa donasset, omnimodo et integri, quod donatum erat, repetitio foret, sive osculum intervenisset, sive non: at si sponsus, tum non aliter ipsi aut hæredibus ejus jus esse repetendi totius, quod donatum esset, quam si osculum non intercessisset, interveniente vero osculo, partem tantum dimidiam repetere liceret, *l.* 16. *C. eod.* Porro nuptiis secutis nulla donati repetitio erat, sed res pleno jure atque irrevocabiliter ejus, cui donata erat, facta intelligebatur.

4 Successit tandem donatio ante nuptias, de qua *hic* agitur, et quam Justinianus *propter nuptias* vocari voluit. Hæc fit à solo sponso, et vi atque effectu multum à præcedentibus differt. Nam primum doti, cujus remuneratio quædam censetur, in hoc similis est, quod quemadmodum uxor soluto matrimonio dotem recipit, *l.* 2. *solut. matrim.* ita et vir donationem propter nuptias, *cap. ult.* ✠ *de don. int. vir. et uxor.* Deinde nec revera ex hac donatione dominium rei donatæ transit in uxorem (1); sed alia jura consequitur, veluti jus specialis hypothecæ: nam res donatæ propter nuptias pro securitate dotis mulieri speciatim obligatæ esse intelliguntur, *l.* 29. *C. de jur. dot. nov.* 61. *cap.* 1. et hic præcipuus hujus donationis finis est, ut dos mulieri sit cautior: unde recte D. Wesemb. notat, res propter nuptias donatas potius hypothecæ subjici videri, quam vere alienari. Item hoc, ut viro te-

(3) *L.* 7. *tit.* 11. *P.* 4.

mere divortium faciente, donatio hæc aut tota aut pro parte lucro uxoris cedat, in quo doti quoque respondet: nam mulier sine justa causa divertens, et ipsa amissione dotis plectitur, *l.* 8. §. *hæc nisi* 4. *C. de repud.* Novissime etiam hoc constitutum, ut quibus casibus maritus ex pacto dotem vel partem ejus lucratur, iisdem et uxor lucretur donationem propter nuptias partemve ejus, et ut in omuibus æqualitas sit inter ipsam et dotem, *novell.* 61. *cap.* 1. *nov.* 91. *cap.* 2. *nov.* 197. unde sumpta *auth. Æqualitas C. de pact. convent.*

5 "Quoad *Hispaniam* attinet, "late agimus de omni genere do"nationum, quæ fiunt inter spon"sos, aut conjuges in *nostra Illus"tratione lib.* 1. *tit.* 5.

TEXTUS.

De jure accrescendi.

4 *Erat olim et alius modus civilis acquisitionis per jus accrescendi, quod est tale: Si communem servum habens aliquis cum Titio, solus libertatem ei imposuerit, vel vindicta, vel testamento: eo casu pars ejus amittebatur, et socio accrescebat. Sed cum pessimum fuerat exemplo, et libertate servum defraudari, et ex eo humanioribus quidem dominis damnum inferri, severioribus autem dominis lucrum accedere; hoc quasi invidia plenum, pio remedio per nostram constitutionem mederi necessarium duximus. Et invenimus viam, per quam manumissor, et socius ejus: et qui libertatem accepit, nostro beneficio fruantur, libertate cum effectu procedente (cujus favore antiquos legum latores multa etiam contra communes regulas statuisse manifestum est), et eo, qui eam libertatem imposuit, suæ liberalitatis stabilitate gaudente, et socio indemni conservato* (1), *pretiumque servi secundum partem dominii, quod nos definivimus, accipiente.*

COMMENTARIUS.

1 (*Alius modus civilis acquisitionis*). Vel hinc apparet, superiores acquirendi modos inter acquisitiones civiles à Justiniano numerari. Subjicit autem *hic* pro conclusione alium civilis acquisitionis modum, sed antiquatum, et quem ipse jam antea abrogaverat, quo scilicet pars unius domini communem servum manumittentis socio quærebatur jure accrescendi. Quod jus donationi valde affine erat: quoniam et ipsum causa erat mere lucrativa: et quia dominium istius partis citra traditionem transibat ad socium, omnino hic modus pertinebat ad jus civile; estque casus quidam, quo jus accrescendi locum habebat extra causam ultimarum voluntatum.

(2) *Per nostram constitutionem mederi*). *l.* 1. *C. de comm. serv. manum.* ubi quod in solis militi-

(1) *L.* 2. *tit.* 22. *P.* 4. *l.* 3. *tit.* 5. *P.* 5.

bus antea obtinebat, jus commune facit, sancitque generaliter, ut servus communis ab uno ex dominis manumissus liber omnino fiat, si manumissor alteri domino pretium suæ partis persolvere paratus sit. Neque inter modos manumittendi *hic* distinguendum, cum quævis manumissio nunc civem Romanum faciat, §. 3. *supr. de libert.* et generaliter loquatur Imp. *d. l.* 1. §. 1.

3 (*Contra communes regulas*). Jure communi nemo rem suam vendere aliove modo alienare cogitur, *l.* 11. *C. de contr. empt. l.* 16. *C. de jur. del.* Ab hoc jure in casu proposito recedendum putavit Justinianus propter favorem libertatis: neque hoc, ut novum carpendum esse, cum etiam veteres juris conditores multa pro libertate contra rationem juris constituisse, notum sit, *l.* 24. §. 10. *de fideic. libert.* Plures casus, quibus quis rem suam vendere cogitur, notavimus ad §. *ult. supra de his, qui sui vel al. jur. sunt.*

4 (*Quod nos definivimus*) Ne de pretio partis domini non manumissoris contentio esset, Justinianus servorum pretia pro ætate, atque artificio cujusque, quod exerceret, certa definivit, crescuntque á decem solidis, usque ad septuaginta, *d. l.* 1. §. *ne autèm* 5. *C. de comm. serv. mun. l. ult. C. de cond. insert.* Quod tamen nonnulli non satis prudenter factum existimant, definitionemque pretii in singulis causis arbitrio Magistratus potius permittendam fuisse. (1).

TITULUS OCTAVUS.

QUIBUS ALIENARE LICET, VEL NON LICET.

1 Explicati hactenus sunt plerique modi, quibus dominium rerum singularum nanciscimur tum jure gentium, tum jure civili. In his præcipuus et modus maxime naturalis est, cum dominus rem suam ita alteri tradit, ut eam velit fieri accipientis, §. 40. *supr. de red. div.* Cæterum cum hoc non sëmper procedat, propterea quod non omnes, qui domini sunt, jus alienandi rem suam vel etiam administrandi habeant: deinde quia quandoque etiam contingit, ut is, qui dominus non est, dominium in accipientem transferat, eo quod alienandi potestatem à lege accepit; utrumque hoc Justinianus exemplis sibi declarandum putavit proprio titulo; quem idcirco etiam statim superioribus subjicit. In *pr.* §. *ult.* profert exempla eorum, qui cum domini sint, jus tamen alienandi

(1) *D. l.* 2. *tit.* 22. *P.* 4.

non habent: in §. 1. exemplum contrarium.

TEXTUS.

De marito.

Accidit aliquando, ut qui dominus rei sit, alienare non possit: et contra, qui dominus non sit, alienandi rei potestatem habeat. Nam dotale prædium maritus invita muliere per legem Juliam prohibetur alienare; quamvis ipsius sit, dotis causa ei datum, quod nos, legem Juliam corrigentes, in meliorem statum deduximus. Cum enim lex in solis tantummodo rebus locum habeat, quæ Italicæ fuerant: et alienationes inhibebat, quæ invita muliere fiebant; hypothecas autem earum rerum etiam volente ea: utrique remedium imposuimus, ut etiam in ea res, quæ in provinciali solo positæ sunt, interdicta sit alienatio, vel obligatio, ut neutrum eorum neque consentientibus mulieribus procedat: ne sexus muliebris fragilitas in perniciem substantiæ earum convertatur.

COMMENTARIUS.

1 (*Dotale prædium maritus prohibetur alienare*). Primum exemplum, quo ostenditur, cum qui dominus est, aliquando alienare non posse, in marito quoad prædium dotale Ait, *prædium*: ergo rei mobilis alienatio marito prohibita non est: quod etiam probant textus in *l.* 3. §. 2. *de suis et legit. l.* 3. *C. de jur. dor.* utique tamen hoc ita, si maritus solvendo est, *l.* 1. *C. de serv. pign. man.* nam alioqui in fraudem uxoris id facere censetur: quippe cui dos deberi incipit, ex quo constat mariti facultates ad exactionem dotis non sufficere, etiamsi matrimonium necdum solutum sit, *l.* 24. *solut. matr.* Prædium autem accipere debemus inæstimatum: nam quæ res æstimato in dotem dantur, eas omnes sive mobiles sint, sive immobiles, libere à marito alienari posse (1), vel ex eo patet, quod soluto matrimonio non res ipsæ, sed pretium sive earum æstimatio in restitutionem veniat judicio venditi, *l.* 10. §. 4. *de jur. dot. l.* 5. *l.* 10. *C. eod.* Utique si æstimatio facta sit venditionis causa; secus autem si facta sit tantum intertrimenti, id est, taxationis causa, ut constet, quanti res sit, ut in *l.* 69. §. 7. *de jur. dot. l.* 50. *solut. matrimon.*

2 (*Per legem Juliam*). Quæ vulgo appellatur Julia de fundo dotali, *l.* 1. *l.* 4. *de fund. dot.* Tulit hanc legem Augustus: est enim ea ipsa, quæ de adulteriis et de pudicitia dicitur, ut constat ex Paulo 2. *sentent.* 21. atque ex inscriptione multorum capitum sub *d. tit. de fund. dot.* quippe lex illa inter alia hoc etiam caput de fundo dotali habuit conceptum in hæc verba: *Fundum Italicum dotalem maritus invita uxore ne*

(1) *L.* 7. *tit.* 11. *P.* 4. *vers.* Pero.

alienatio: neve consentiente ea obligato, l. un. §. 15. C. de rei uxor. act. Adi Brisson *lib. sing. ad leg. Jul. de adult.* ubi hujus legis capita, quæ quidem in libris nostris continentur, accurate collegit et exposuit. Causa prohibitionis est favor dotium, quas mulieribus salvas esse etiam publice expedire creditur, quo facilius iterum virum inveniant, *l. 2. de jur. dot.* Ac tametsi soluto matrimonio maritus hæredesve ejus dotem restituere tenentur: præstat tamen, mulierem rem habere salvam, quam in personam agere, per *l. 25. de div. reg. jur. l. 5. de susp. tut.* Cæterum non de rebus dotalibus omnibus lex cavit, sed de prædiis duntaxat; utpote quorum alienatio mulieribus maxime damnosa esse potest propter harum rerum pretium. Sed et prohibita rerum mobilium alienatione facile fieri posset, ut multi deciperentur, magnaque inde sequerentur incommoda.

3 (*Quamvis ipsius sit*). Maritum esse rei dotalis dominum, innumeris locis et perspicue proditum est, *l. 1. §. 1. l. 13. §. 2. de fund. dot. l. 7. §. 3. de jur. dot. l. 13. C. eod. &c.* (1): causamque dotis habilem esse ad transferendum dominium, non secus ac venditionem, permutationem, donationem, scriptum expresse est in §. 40. *supr. de rer. divis.* et probat *tit. Pand. pro dote*; nam alias mulier rem alienam marito ex causa dotis tradens non transferret usucapiendi facultatem. Idem quoque arguunt effecta juris dominici propria, qualia sunt, quod maritus solus rem dotalem vindicat, *l. 9. C. de rei vind.* quod servus dotalis hæres ab aliquo institutus jussu mariti aut adit aut repudiat hæreditatem, *l. 58. solut. matrim.* quod dotali servo libertatem dare potest, *l. 3. C. de jur. dot.* Quibus etiam hoc argumentum accedit, quod ne mortuo quidem marito dominium rei dotalis ad uxorem revertitur, sed una cum universitate transit in hæredem mariti, *d. l. 1. §. 1. de fund. dot.* ut proinde ex ratione juris veteris nec ad repetendam dotem mulieri competeret actio in rem, sed tantum personalis rei uxoriæ, aut ex stipulatu. Postremo si maritus dominus rei dotalis non esset, ¿quid opus fuit lege, qua marito interdiceretur fundi dotalis alienatio?

4 Non pauca tamen huic sententiæ obstare videntur, atque uxori non marito dominium dotis asserere: in *l. 75. de jur. dot.* dos dicitur esse ipsius mulieris: alibi proprium mulieris patrimonium, *l. 3. §. 5. de minor.* De fundo dotali disserit Ulpian. in *l. 7. §. 12. solut. matrim.* tanquam de re aliena respectu mariti. Maritus in rebus dotalibus dolum et culpam præstat, *l. 17. de jur. dot.* Penes mulierem esse dicitur etiam fundi dotalis possessio, ut satisdare ea de causa non teneatur, *l. 15. §. 3. qui satisd. cog.* Denique generaliter à Justiniano traditum est, res dotales in dominio

(1) *D. l. 7.*

uxoris permanere, *l.* 30. *C. de jur. dot.*

5 Una hujus dissidii conciliatio est, eaque simplicissima, ut dicamus, solum maritum esse rei dotalis etiam inæstimatæ verum justumque dominum: cæterum quia hoc dominium mariti perpetuum non est, sed abiturum ab eo, solutoque matrimonio rediturum ad mulierem (quippe cui maritus facto divortio, quod apud Romanos frequenter contingebat, dotem restituere cogitur), hujus dissolutionis, ac futuræ restitutionis intuitu dotem videri non tam mariti, quam uxoris esse, et adhuc patrimonium uxoris appellari, deque marito considerato eodem eventu Jurisconsultus nonnunquam ita loqui tanquam de non domino, et quasi rei alienæ administratore, præsertim in *tit. sol. matr.* Qua ratione etiam defendendum erit, quod Justinianus ait, sola legum subtilitate rei dotalis dominium in maritum transferri, naturaliter autem penes uxorem manere, *d. l.* 30. *C. de jur. dot.* Loquitur enim etiam de rebus æstimatis, quas certo constat in patrimonium mariti transire, idque pleno etiam et perpetuo jure, cum maritus non ipsas, sed earum æstimationem restituere debeat, *l.* 5. *et* 10. *C. eod.* Mirum vero non est Justinianum sic loqui, dum scopo suo serviens colorem aliquem quærit constitutioni suæ, qua contra rationem juris uxori pro rebus dotalibus tam æstimatis, quam inæstimatis concedit actionem in rem. Quod tamen de utili in rem accipiendum, et quæ soluto demum matrimonio uxori detur in subsidium, ubi maritus solvendo non est.

6 (*In rebus, quæ Italicæ fuerant*). In prædiis igitur provincialibus legi locus non fuit. ¿Cur igitur magis in Italia, quam in provinciis mulieribus prospectum, cum idem ubique sit, aut esse debeat dotium favor? Existimo, non defuisse alia remedia, quibus nupturæ sibi in provinciis consulere potuerint.

7 (*Alienationes inhibebat*). Alienatio dicitur: *Omnis actus, per quem dominium transfertur*, *l.* 1. *C. de fund. dot.* (1). Itaque non tantum distrahi fundus dotalis prohibetur, sed etiam donari, permutari, in solutum dari, legari: ac ne quidem si miles legaverit, ratum erit legatum propter legem Juliam, *l.* 16. *de testam. mil.* Sed et usucapio quoque appellatione alienationis continetur, *l.* 28. *de verbor. sign.* et ideo ad hanc quoque speciem lex Julia pertinet, *l.* 16. *de fund. dot.* fac. *l.* 12. *de usurp. et usuc.* Alienatum autem proprie non videtur, quod adhuc in dominio nostro manet, quamvis venditum recte dicatur, *l.* 7. *de verbor. sign.* Alienandi autem prohibitione eos quoque casus comprehendi intelligimus, quibus jus aliquod in re à dominio separatum transfertur, *l. ult. C. de reb. al. non alien.* Quare nec servitutem prædio dotali maritus

(1) *L.* 1. *tit.* 14. *P.* 1.

imponere poterit, nec servitutes prædio debitas remittere vel amittere non utendo, *l. 5. de fund. dot. l. 6. eod. tit.*

8 (*Hypothecas earum etiam volente ea*). Lex Julia alienationes prædiorum dotalium prohibuit, quæ invita muliere fiebant; oppignerationem etiam quæ fiebat ea consentiente, *l. un.* §. 15. *C. de rei uxor. act.* Hoc ideo, quia facilius mulier adduci potest, ut consentiat obligationi, ubi nullum præsens periculum est, sed spes fore, ut maritus rem luat; quam alienationi consentiat, per quam rei ipsius dominium statim in alium transfertur. Quod igitur facilius mulier concessura erat, arctius lex, imo solum prohibere voluit: ut passim videmus ea sola legibus prohiberi, quæ facile fieri possunt, cum lex ea fieri non vult, non quæ difficulter. Hac ratione Senatusconsulto Vellejano mulieri pro alio se obliganti succursum est, non donanti: nimirum quia, ut inquit Jurisconsultus, facilius se mulier obligat, quam alicui donat, *l. 4.* §. 1. *ad SC. Vellej.* Eadem ratio fuit legis Fusiæ Caniniæ infinitam manumissionem in testamento prohibentis, non inter vivos, *supr. de lege Fus. Can.*

9 (*Utrique remedium imposuimus*). Justinianus legis Juliæ prohibitionem primum porrexit ad prædia provincialia, *d. l. un.* §. 15. *C. de rei uxor. act.* quippe quorum nondum eadem causa, quæ Italicorum erat, quod effectum constitutione posteriore, *l. un. C. de usucap. transf.* Deinde alienationem eodem modo, quo oppignerationem prohibuit, ut nec illa vel consentiente muliere fieri posset: quod lex Julia permittebat, *d. l. unic.* §. 15. *vers. cum. autem.* Hæc autem prohibitio in quibusdam casibus cessare creditur, quos collegit Christin. *vol. 3. decis.* 133. *num.* 20. *et* 28. cum *seqq.*

10 (*Ne sexus muliebris fragilitas*). Ratio cur legi Juliæ hactenus derogarit, ut nec alienationem prædii dotalis, quæ cum consensu mulieris fit, valere patiatur; quia scilicet succurrendum putavit facilitati mulierum, quæ vel fragilitate sexus, vel mariti reverentia aut amore ductæ facile rerum suarum alienationibus consensum accommodant.

TEXTUS.

De creditore.

1 *Contra autem creditor pignus ex pactione, quamvis ejus ea res non sit, alienare potest. Sed hoc forsitan ideo videtur fieri, quod voluntate debitoris intelligitur pignus alienari, qui ab initio contractus pactus est, ut liceret creditori pignus vendere, si pecunia non solvatur. Sed ne creditores jus suum persequi impedirentur, neque debitores temere suarum rerum dominium amittere viderentur: nostra constitutione consultum est, et certus modus impositus est, per quem pignorum distractio possit procedere: cujus tenore utrique parti, creditorum et debitorum satis abundeque provisum est.*



COMMENTARIUS.

1 *Hic* ex adverso ostenditur, etiam eum aliquando, qui dominus non est, alienandæ rei potestatem habere, exemplo creditoris pigneratitii. Magis autem huc pertinent tutores et curatores, quibus res pupillorum suorum et adultorum alienandi potestas non á domino, sed jure tributa est, *l.* 109. *de verbor. sign.* quamvis his non quævis permissa alienatio, nec omnium rerum absque decreto. De quo vid. *l.* 22. *C. de adm. tutor. l.* 1. et passim *de reb. eor. qui sub tut.*

2 (*Ex pactione*). Pertinet igitur *hic locus* ad alienationem pignoris conventionalis. Ait, *ex pactione.* ¿Quid ergo si de distrahendo pignore nihil convenerit? Adhuc eo jure utimur, ut distrahere liceat, *l.* 4. *de pign. act.* Quin hoc ipsi naturæ pignoris inest. Atque hic casus potius ponendus fuerat, quam cum pignus alienatur ex conventione atque expressa voluntate debitoris, per ea, quæ statim sequuntur.

3 (*Qui pactus est, ut liceret*). Hic igitur casus non magis huc pertinet, quam si procurator, cui id dominus specialiter mandavit, rem alteri vendiderit et tradiderit. Nihil enim interest, utrum ipse dominus rem alteri tradat dominii transferendi causa, an alius voluntate ejus, §. 42. *supr. de rer. div.*

4 (*Nostra constitutione consultum*). Olim jus vendendi pignoris liberius fuit, quod Justinianus ita coercuit, ut nec creditores putaverit habere, quod conquerantur, et debitoribus justum spatium esset ad expediendam solutionem. Summa constitutionis Justinianeæ, quæ est *l. ult. C. de jur. don. imp.* huc redit, ut si de vendendo pignora nihil convenerit (alioqui forma conventione præscripta in distractione servanda est), jus sit creditori altero demum post denunciationem anno id vendere. Si emptor non extet, debitorem ut moneat, ut intra certum tempus pignus luat, aut non apparenti, tempus, quo id facere possit, per Judicem præscribat. Hoc autem frustra tentato, ut possit creditor à Principe petere facultatem pro domino possidenti: qua tamen impetrata, adhuc biennium debitori detur, ut interim debitum cum eo, quanti creditoris interest, quæsita pecunia persolvere et pignus luere possit: eo vero tempore sine solutione transacto, creditor justus pignoris dominus efficiatur.

5 Finis venditi pignoris est, ut ex pretio inde redacto creditori satisfiat: quod ultra consecutus est, id restituere debet, teneturque eo nomine actione pigneratitia: sicut vice versa in id, quod deest, creditori actio competit adversus debitorem vel fidejussorem ejus, *l.* 9. §. 1. *de distr. pign.* Illud postremo sciendum est, si creditor ipse pignus non possideat, sed debitor vel alius, actione hypothecaria prius rem evincendam, ac tum distrahendam esse.

6 " In Hispania, quando in
" constituendo pignore dies solu-

»tioni adjectus est ea lege, ut si »non fuerit facta, possit venien»te die pignus vendi, non suffi»cit venisse diem, ut venditio »fiat; sed denunciato etiam hoc »casu necessaria est, debitori fa»cienda si præsens fuerit in ven»ditionis loco, vel ejus domesti»cis, si fuerit absens. Cæterum »si denunciatio aliqua ex causa »impediatur, poterit tunc cre»ditor pignus vendere, non ali»ter tamen, quam auctionem fa»ciens, *l.* 41. *tit.* 13. *P.* 5. Si »autem de vendendo pignore non »est conventum, non ante pi»gnus vendi poterit, quam lapsi »sint 12. dies, dum pignus in »re mobili consistit; vel 30. si »in immobili, ex quo denuncia»tio fuerit facta numerandi, *l.* 42. »*eod.* Et tandem si in conventio»ne pignoris contrahentes sint pa»cti, ne unquam creditori liceat »pignus vendere, pactione insu»per habita vendi poterit, non »quidem quoquo tempore, sed »duobus demum elapsis annis post »trinam denunciationem, *d. l.* 41. »tamque hoc casu, quam su»periore venditio in auctione fie»ri debet, *d. l.* 42."

TEXTUS.

De pupillo.

2 *Nunc admonendi sumus, neque pupillum, neque pupillam, ullam rem sine tutoris auctoritate alienare posse. Ideoque si mutuam pecuniam sine tutoris auctoritate alicui dederit, non contrahit obligationem: quia pecuniam non facit accipientis: ideoque vindicari nummi possunt, sicubi extant. Sed si nummi, quos mutuo minor dederit, ab eo qui accepit, bona fide consumpti sunt, condici possunt: si mala fide, ad exhibendum de his agi potest.*

COMMENTARIUS.

1 Redit ad eos, qui, cum domini sint, alienare non possunt. Meminit porro unius pupilli, sed sunt in hoc numero plures: nam et puberes minores curatorem habentes huc pertinent, *l.* 3. *C. de in int. restit. min.* item is, cui bonis interdictum est, qui, cum de eo obligando, aut alienando diminuendove ejus patrimonio agitur, in eadem causa cum furioso habetur, *l.* 12. *in fin. de tut. dat.* tum etiam cæteri, qui ob vitium morbumve corporis in curatione sunt, rerumque suarum administrationem non habent, de quibus in §. 4. *supr. de curat. d. l.* 12. *in pr. de tut. et cur. dat.* Filius quoque familias non potest alienare bona adventitia, quorum usumfructum pater habet, *l. ult.* §. 5. *vers. filiis C. de bon. quæ lib.* Interdum causa, ex qua res traditur, alienationem impedit, ut donatio inter virum et uxorem, *Pand. et C. eod. tit.*

2 (*Sine tutoris auctoritate alienare*). Alienatio à pupillo facta sine tutoris auctoritate ipso jure nulla est: quippe cum nec obligare se pupillus sine tutoris au-

ctoritate possit, *l. 9.* et passim *de act. tut.* (1). Cæterum auctore tutore, et obligari potest, modo infantiam excesserit, et res suas recte alienat, *l. 9. §. 9. infr. de inut. stip.* (2). Res intellige, quarum alienatio sine decreto non est interdicta. Nam prædia pupillorum olim rustica, postea omnia (3), et res etiam mobiles, quæ sine detrimento servari possunt, absque decreto Magistratus alienari prohibita, *tot. tit. de reb. eor. qui sub tut. et tit. C. de præd. et al. reb. min. sine dec. non al. l. 22. C. de adm. tut.*

3. (*Bona fide consumpti*). Consumpti nummi intelliguntur, primum corporibus sublatis, veluti si quis ex accepta pecunia vas aliquod conflaverit: quo facto pecunia extinguitur. Neque obstat distinctio §. 25. *supr. de rer. div.* Nam vas ex nummis aureis vel argenteis conflatum ad rude quidem aurum vel argentum reduci potest; ad priorem speciem sive monetam non potest. Plane possunt auctoritate Principis nummi ejusdem potestatis et eadem figura inde cudi, sed nova hæc moneta et species est, non illa, quæ prius fuerat. Deinde etiam corporibus nummorum integris manentibus, veluti si quis nummos acceptos ita aliis miscuerit, ut discerni non possint: nam etiam ea re eum, qui accepit, dominum fieri placet, *l. 78. de sol.* Don. ad *l. rogasti 11. §. ult. d. tit. num. 9.*

4 (*Condici possunt*). Quod valet in nummis alienis mutuo datis, ut iis bona fide consumptis, ei qui dedit, condictio detur tanquam ex mutuo, *l. 11. §. ult.* cum 2. *ll. seqq. de reb. cred.* id valet et in ea pecunia, quæ dantis fuit, si is rei suæ alienandæ facultatem non habuit, qualis est pupillus. Quapropter si pupillus sine tutoris auctoritate crediderit, consumptis nummis, et illi condictio nascitur, *l. 19. §. 1. de reb. cred.* et omnino quæ translatæ ab initio pecuniæ vis est, eandem esse placet et bona fide consumptæ, quasi translatæ: unde recte dicitur, quod ab initio non valebat ex numeratione, confirmari pecuniæ consumptione bona fide facta, DD. in *d. l. 11. §. ult. et d. l. 19. §. 1.*

TEXTUS.

3 *At ex contrario omnes res pupillo et pupillæ sine tutoris auctoritate recte dari possunt. Ideoque si debitor pupillo solvat, necessaria est debitori tutoris auctoritas: alioqui non liberabitur. Sed hoc etiam evidentissima ratione statutum est in constitutione, quam ad Cæsarienses Advocatos ex suggestione Triboniani, viri eminentissimi, Quæstoris sacri palatii nostri, promulgavimus: qua dispositum est, ita licere tutori vel curatori debitorem pupillarem solvere, ut prius judicialis sententia sive omni damno celebrata hoc permittat:*

(1) *L. 17. tit. 16. P. 6. vers.* Otrosí.

(2) *D. l. 17. et vers.*

(3) *L. 18. eod.*

quo subsecuto, si et Judex pronunciaverit, et debitor solverit, sequatur hujusmodi solutionem plenissima securitas (1). *Sin autem aliter, quam disposuimus, solutio facta fuerit, pecuniam autem salvam habeat pupillus, aut ex ea locupletior sit, et adhuc eamdem pecuniæ summam petat, per exceptionem doli mali poterit submoveri. Quod si male consumpserit, aut furto aut vi amiserit, nihil proderit debitori doli mali exceptio, sed nihilominus condemnabitur: quia temere sine tutoris auctoritate, et non secundum nostram dispositionem solverit. Sed ex diverso pupilli vel pupillæ solvere sine tutoris auctoritate non possunt: quia id, quod solvunt, non fit accipientis: cum scilicet nullius rei alienatio eis sine tutoris auctoritate concessa est.*

COMMENTARIUS.

1 (*Sine tutoris auctoritate dari*). Pupillus quantum ad acquirendum non indiget tutoris auctoritate, *l.* 11. *de adq. rer. domin.* semper enim conditionem suam meliorem facere potest, *supra de auct. tut. in princ.*

2 (*Ideoque si debitor*). Hotom. et Wesemb. pro *ideoque*, legendum censent, *quanquam*: quia nulla *hic* conclusio ex præcedente propositione, sed diversæ causæ propositio, et præcedentis regulæ exceptio: nisi hoc in præcedentibus dicamus subintelligi oportere, ut scilicet quidvis pupillo recte detur sine tutoris auctoritate, cæterum hactenus, ut ex eo pupillus ipse neque obligari, neque obligationem alienare aut tollere possit.

3 (*Necessaria est tutoris auctoritas, alioqui non liberabitur*). Licet dominium rei solutæ transferat. Nam quemadmodum qui cum pupillo contrahit, pupillo obligatur, quamvis pupillus sibi non obliget, *supr. de auct. tut. in pr.* ita qui cum pupillo obligationem vult distrahere solvendo, licet ea solutione dominium in pupillum transferat; se tamen à pupillo, qui per se neque contrahere neque distrahere obligationem potest, non liberat, *d. l.* 15. *de solut.* Debet itaque debitor, si liberari velit, pupillo solvere cum auctoritate tutoris, vel ipsi tutori: nam et hoc casu æque liberatio ipso jure contingit, *l.* 46. §. 5. *de adm. tut.*

4 (*Ita licere tutori vel curatori debitorem pupillarem solvere*). Locupletio implicata, quæ sic construenda et ordinanda est: *Ita licere*, (id est, *permitti*, *jus esse*) *debitorem pupillarem solvere tutori vel curatori &c. Solvere*, id est, *numerare quod debetur.*

5 (*Si prius judicialis sententia*). Quamvis si ipsi tutori ejusve auctoritate pupillo facta sit solutio, ea solutione debitor ipso jure liberetur; nihilominus tamen pecunia male consumpta maleve collocata; patet pupillo, si tutor solvendo non sit, restitutio in integrum, nisi sententia Judicis inter-

(1) *L.* 4. *tit.* 14. *P.* 5.

venerit, *l.* 1. *C. si adv. sol. l.* 2. *C. si tut. vel cur int.* (1). Vid. Gomez 2. *resol.* 14. *n.* 4. Excipiuntur redditus annui et cæterarum rerum pensiones, quæ minoribus tutore aut curatore auctore, aut ipsi tutori curatorive etiam sine Judice tuto solvuntur, *l.* 25. *C. de administr. tut.* Siquidem et molestum esset, quotannis adire Judicem, et incommodum minori, diu differri solutionem ejus rei, unde fere ali solet. Quod tamen, et ipsum sic postea Justinianus temperavit, si non excederent metas biennii aut summam centum solidorum, *l.* 27. *C. d. tit.*

6 (*Sine omni damno*). Id est, sine ullo sumptu aut impensis in Judicum, Scribarum, viatorumve mercedes: nam iniquum esset, debitorem sumptu onerari ex persona creditoris.

7 (*Sequitur hujusmodi solutionem plenissima securitas.*). Ita ut nec adversus solutionem decernente Judice factam beneficio ætatis in integrum restitui postulans audiatur. Cui non obstat, quod placet, minorem etiam restitui contra factam ex decreto Judicis venditionem, *l.* 11. *C. de præd. min.* nam debitor ex necessitate solvere tenetur: emptor potest non emere.

8 (*Pecuniam autem salvam habeat*). Etsi solutione sine tutore, Judiceve facta eandem pecuniam petere adhuc pupillus potest, aut ipso jure, aut per restitutionem in integrum; si tamen nummi salvi sint, eosque penes se domi pupillus habeat, iterum petentem eum doli mali exceptione debitor removebit, quod iniquum contra bonam fidem lucrum captet, *l.* 15. *de sol. l.* 37. *de div. reg. jur.* Eodemque modo consumptis nummis, si ex his locupletior factus iterum petat, exceptione repelletur, ne ditetur cum alieno detrimento, contra quam natura æquum est, *l.* 47. *de solut. l.* 14. *de cond. ind.* Qua de causa ex omnibus eum negotiis eatenus teneri receptum est, quatenus patrimonium ejus auctum sit: ut nihil mirum, si solutione locupletatus iterum petens exceptione submoveatur, cum etiam ultro adversus eum factum locupletiorem ex contractu negotiove gesto actio competat, *l.* 3. §. 4. *l.* 6. *in pr. de neg. gest.*

9 (*Aut ex ea locupletior*). Locupletior factus intelligitur, si ex pecunia soluta rem aliquam sibi comparavit, quam etiam nunc habet, *l.* 4. *de except.* aut si ea quovis modo in rem ejus versa sit, *l.* 66. *de solut.* Hoc amplius, et si rem sibi necessariam ex nummis solutis pupillus emit, quam alioqui de suo empturus fuerat, licet ea ante litem contestatam perierit, quasi locupletior factus intelligitur; quia tantundem de suo perditurus erat, etiamsi nummos solutos non accepisset, *l.* 47. §. 1. *de solut.* Utrum autem pupillus locupletior factus sit, necne, in hujusmodi quæstionibus eo tempore regulariter spectatur, quo agitur, seu tempore litis con-

(1) *L.* 4. *tit.* 14. *P.* 5.

contestatæ, *d. l.* 47. *in pr. et* §. 1.

10 Ex his autem quæ modo disputata sunt, recte dixit Accursius in *l.* 7. §. 2. *de minorib.* debitorem pupillarem solventem, triplicem posse consequi liberationem aut securitatem; plenam, pleniorem, et plenissimam. Plenam, si pupillo sine tutoris aut Judicis auctoritate solverit, et pecunia pupillo iterum petenti salva sit, inve rem ejus versa, ut *hic et supra dd. ll.* in quo effectum rei spectavit: nam vi ipsa debitor esse desinit, qui exceptionem perpetuam sibi quæsivit, *l.* 108. *de verb. sign.* Pleniorem, si solverit tutori ejusve auctoritate pupillo, non interveniente Judicis sententia: quo casu quidem liberatio ipso jure procedat, ita tamen, ut relinquatur adhuc metus aliquis restitutionis in integrum, *l.* 1. *C. si advers. sol.* Plenissimam: si solutio facta sit auctoritate et decreto Judicis: quod cum factum est, etiam restitutionis metus omnis tollitur.

11 (*Ex diverso, pupilli*). Quemadmodum pupillus mutuum dando non contrahit obligationem, quia pecuniam non facit accipientis; ita eadem ratione nec solvendo creditori suo, quod debet, liberatur, pecuniamve facit creditoris.

12 ¿Quid ergo si nummi, quos pupillus sine auctoritate tutoris credidit aut in solutum dedit, casu apud eum qui accepit, perierint? ¿utrius periculum et jactura erit? Donellus in *d. l.* 19. §. 1. Azonem secutus pupilli periculum esse putat: quoniam ita jus sit, ut res pereat suo domino, *l.* 6. *l.* 9. *C. de pign. act.* Sed recto cum Gloss. et DD. comm. Zas *ibid. num.* 8. contrarium defendit, ne quod favore pupilli introductum est, ut ne credendo aut solvendo dominium transferat, in perniciem ejus vertatur, contra *l.* 6. *C. de legib.* et quod dicitur, casus fortuitos spectare dominum, hanc exceptionem habere intelligi debet, nisi quis propter favorem dominus remaneat, aut jure singulari dominium non transferat. Hoc enim non debet conditionem accipientis meliorem facere: sed quoad cætera perinde habendum, ac si quis alius credidisset aut solvisset.

TITULUS NONUS.

PER QUAS PERSONAS CUIQUE ACQUIRITUR.

Cod. Lib. 4. *Tit.* 27.

1 *Hic titulus* totius superioris disputationis quandam quasi ampliationem continet ostendens, non solum nobis acquiri per nosmetipsos; verum etiam per alios. Personæ, per quas acquirendi facultatem habemus, enumerantur in *principio*; ex qua

enumeratione perspicuum est, eos, per quos nobis acquiratur, oportere nobis subjectos esse, vel revera, ut sunt liberi nostri, quos in potestate habemus; item servi, tum nostri, tum aliquatenus etiam alieni, in quibus usumfructum habemus: vel justa nostra opinione, ut sunt servi alieni et liberi homines, quos bona fide possidemus. De quibus singulis cum explicatum est, removetur hinc persona extranea, utpote per quam, excepta causa possessionis, nihil acquiri possit; ac postremo ab acquisitione rerum singularum transitur ad modos, quibus acquirimus res universas.

TEXTUS.

Summa.

Acquiritur vobis non solum per vosmetipsos, sed etiam per eos, quos in potestate habetis: item per servos, in quibus usumfructum habetis: item per homines liberos, et per servos alienos, quos bona fide possidetis: de quibus singulis diligentius dispiciamus.

COMMENTARIUS.

1 (*In potestate*). Non dixit *in dominio*, sed generaliter *in potestate*, ut uno verbo et filiosfamil. et servos comprehenderet. Nam *potestatis* verbo, in persona liberorum patria potestas, in persona servi dominium significatur, *l. potestatis* 215. *de verbor. signif.*

TEXTUS.

De liberis in potestate.

1 *Igitur liberi vestri utriusque sexus, quos in potestate habetis, olim quidem quicquid ad eos pervenerat (exceptis videlicet castrensibus peculiis) hoc parentibus suis acquirebant sine ulla distinctione: et hoc ita parentum fiebat, ut etiam esset iis licentia, quod per unum vel unam eorum acquisitum esset, alii filio, vel extraneo donare, vel vendere, vel quocunque modo voluerant, applicare. Quod nobis inhumanum visum est: et generali constitutione emissa, et liberis pepercimus, et parentibus honorem debitum reservavimus. Sancitum etenim á nobis est, ut si quid ex re patris ei obveniat, hoc secundum antiquam observationem totum parenti acquiratur. ¿Quæ enim invidia est, quod ex patris occasione profectum est, hoc ad eum reverti? Quod autem ex alia causa sibi filius familias acquisivit, hujus usumfructum patri quidem acquirat, dominium autem apud eum remaneat* (1): *ne, quod ei suis laboribus vel prospera fortuna accesserit, hoc in alium perveniens, luctuosum ei procedat.*

COMMENTARIUS.

1 (*Exceptis castrensibus peculiis*). Peculium in genere nihil

(1) *L.* 5. *tit.* 17. *P.* 4.

aliud est, quam: *Quoddam quasi patrimonium, quod servi et filii familias habent separatum à rationibus dominicis vel paternis.* Florente Republ. peculium filiifam. uniusmodi fuit. Nam ut servus domino, ita filius patri cuncta pleno jure acquirebat: idemque plane jus et in corpus et in bona liberorum pater habebat, quod dominus in servos; cujus rei inter alios testis locuples est Dionys. Halicarnassensis *lib.* 8. *Romani*, inquit, *proprium nihil possident, quandiu patres eorum in vita manent: sed et pecuniæ et corpora filiorum, parentum potestati arbitrioque permissa sunt; omniaque parentibus acquirunt quasi servi.* Verum Imperatores, ut præmio aliquo adolescentes ad militiæ labores invitarent, eorumque sibi conciliarent studia, castrense peculium filiifamil. pleno jure concesserunt: primum militibus, postea etiam veteranis seu à militia dimissis, *infr. quib, non est perm. fac. test. in pr.* Ex quo filiifam. in hoc peculio jus ac vicem patrumfamil. obtinere cœperunt, *l.* 2. *de SC. Mac.* idque significat Juvenalis *satyr.* 16. à *vers.* 52.

> *...Nam quæ sunt parta labore*
> *Militiæ, placuit non esse in*
> *corpore census,*
> *Omne tenet cujus regimen pa-*
> *ter....*

Igitur quod ait, *olim quidam etc.* excipiens peculia castrensia, id ad tempora Julii aut Augusti et sequentia referendum est, *l.* 1. *de testam. milit. d. pr. infr. quib. non est perm. fac. test.* Postremo, nec multo post, ad exemplum castrensis peculii etiam quasi castrense peculium exceptum, et filiisfam. permissum est, §. *ult. inf. de milit. testam.* Plane hactenus adhuc diu jus vetus patri conservatum fuit, ut si filius intestatus decessisset, bona castrensia pater jure peculii occuparet, *l.* 2. *de castr. pec.* de quo plura alibi.

2 (*Sine ulla distinctione*). Cætera peculia adquirebantur patri sine ulla distinctione profectitii scil. vel adventitii peculii, proprietatis et ususfructus, inter quæ primus Justinianus est, qui differentiam generali lege introduxit. Ex his porro patet, quicquid filiusfamil. habet, sive concessione patris, sive partum suo labore, aut aliena liberalitate collatum, id uno nomine peculium filiifam. appellari; atque hoc docendi gratia ex ratione novi juris in duo genera posse dividi, ut dicamus, peculium filiifam. esse vel militare, vel paganum: et utriusque iterum duas esse species inferiores, illius nempe castrense et quasi castrense; hujus profectitium et adventitium. Castrense est: *Quod per occasionem armatæ militiæ filiusfam. sibi acquisivit*, quo quid contineatur docent, *l.* 11. *de castr. pec. l.* 1. *C. eod.* (1). Quasi castrense est: *Quod in toga operam Reipubl. navans filiusfam. sibi paravit*, puta ex professione liberalium artium, ex officiorum publicorum emolumentis, ex pa-

(1) *L.*6. cum *seqq. tit.*17. *P.*4.

trociniis causarum, et urbana illa inermique militia, *l.* 4. *l.* 14. *C. de adv. div. judicior.* (1). Liberalitatem quoque à Principe in filiumfam. collatam instar castrensis peculii haberi placuit, *l.* 7. *C. de bon. quæ lib. in pot.* Utrumque hoc genus ita proprium filiifam. esse placuit, ut de eo statuere possit non secus, ac si paterfamil. esset, *d. pr. infr. quib. non est perm. fac. testam. l.* 1. § 15. *de collat.* (2). Profectitium peculium est: *Quod à patre, sive contemplatione patris ab aliis ad filiumfamil. proficiscitur* (3). Adventitium: *Quod nec à patre, nec contemplatione patris, sed aliunde filiofam. obvenit, sive id laboribus suis acquisivit extra causam armatæ aut togatæ militiæ, sive prospera fortuna ei accessit*, puta ex maternis maternive generis hæreditatibus, lucris nuptialibus, legatis et hæreditatibus amicorum, *l. 6. C. de bon. quæ lib. et hoc text. in fin.* (4). Illud totum patri secundum antiquam observationem adhuc acquiritur; hujus in universum proprietatis filio data est constitutione Justiniani, solo usufructu patri relicto (5): de quo mox fusius.

3 (*Alii filio, vel extraneo donare*). Consequens hoc omnino rationi antiqui juris. Nam cum utriusque hujus peculii pleno jure pater dominus esset, licere utique etiam ei debuit pro arbitrio de utroque statuere, et quod labore Titii filii acquisitum esset, Mævio donare, vel in proprias rationes convertere.

4 (*Generali constitutione emissa*). Cum olim bona omnia adventitia non minus, quam profectitia pleno jure patris essent, Constantinus detraxit bona materna, quorum usumfructum tantum patri, filio proprietatem tribuit, *l.* 1. *C. de bonis matern. l.* 1. *et l.* 2. *C. Theod. eod.* Deinde alii Impp. idem de aliis bonis statuerunt, *l.* 6. cum *seq. C. Theod. eod. l.* 1. *l.* 4. *C. de bon. quæ lib.* Postremo Justinianus generali constitutione emissa, quacunque ex causa filio quid acquisitum esset, quod adventitio peculio attribueretur, id omne ejusdem juris esse voluit, *l. 6. C. eod. tit.*

5 (*Si quid ex re patris, hoc secundum antiquam observationem*). In profectitio peculio nihil Justinianus mutavit: sed quicquid ex re patris filio obvenit, id totum vult patri acquiri secundum observationem juris antiqui. Plane potest nihilominus aliquid commodi ex concessione hujus peculii ad liberos redire: nam et emancipatos sequitur, nisi nominatim ademptum sit, *l.* 31. §. 2. *de don.* et bonis patris publicatis, separatur et conservatur liberis, *l.* 3. §. 4. *in fin. de minor.* Ait, *ex re patris*, in *d. l.* 6. *ex substantia patris.* ¿Quid igitur dicemus, si quid filio obvenerit, non quidem ex re aut substantia patris, sed

(1) *Dd. ll.* 6. *et* 7. *tit.* 17. *P.* 4.
(2) *D. ll.* 6. *et* 7.
(3) *L.* 13. *tit.* 6. *l.* 5. *tit.* 17. *P.* 4.
(4) *D. l.* 13. *d. l.* 5. *tit.* 17. *Part.* 4.
(5) *D. l.* 5. *tit.* 17. *P.* 4.

patris occasione et contemplatione? DD. *hic* et in *d. l.* 6. id quoque peculii profectitii esse volunt, arg. *l.* 21. cum *seq. de usufr.* ubi quod servo fructuario relinquitur aut donatur, contemplatione fructuarii, id fructuario acquiri dicitur tanquam ex re ejus quæsitum.

6 (*Usumfructum patri acquirat, dominium apud eum remaneat*). Dominium posuit pro nuda proprietate, uti et in *d. l.* 6. Hæc autem proprietatis concessio non tribuit filio jus eam sine patris consensu alienandi, *l. ult.* §. 5. *C. de bon. quæ lib.* Si ususfructus filio relictus sit, hic totus acquiretur patri: at eo mortuo redibit ad filium, *l. ult. C. de usufr.* Nonnunquam et plena proprietas filio acquiritur: quod Justinianus primo introduxit in hæreditate, quam filius renuente patre adiisset, *d. l. ult.* §. 1. postea etiam in pluribus casibus: in rebus ea lege filio datis, ne ususfructus ad patrem perveniret: in hæreditate fratris et sororis ad quam una cum filio pater admittitur: item in iis rebus, quæ filio deferuntur ob delictum patris, qui divortium fecit sine causa, *auth.* Excipitur, et 2. *seqq. C. de bon. quæ lib.* et tandem si pater dolose versatus sit in bonis filio restituendis, *l.* 50. *ff. ad SC. Trebel.* Peculium autem adventitium in quo filius habet proprietatem plenam, seu conjunctam cum usufructu, appellant Interpretes *extraordinarium*, et illud in quo nudam proprietatem, *ordinarium*.

(1) *L.* 15. *tit.* 18. *P.* 4.

TEXTUS.

De emancipatione liberorum.

2 *Hoc quoque à nobis dispositum est et in ea specie, ubi parens emancipando liberos suos ex rebus, quæ acquisitionem effugiebant, sibi tertiam partem retinere* (*si voluerat*) *licentiam ex anterioribus constitutionibus habebat, quasi pro pretio quodammodo emancipationis: et inhumanum quiddam accidebat, ut filius rerum suarum ex hac emancipatione dominio pro tertia parte defraudaretur: et quod honoris ei ex emancipatione additum erat, quod sui juris effectus esset, hoc per rerum diminutionem decresceret. Ideoque statuimus, ut parens pro tertia parte dominii, quam retinere poterat, dimidiam non dominii rerum, sed ususfructus retineat. Ita etenim res intactæ apud filium remanebunt, et pater ampliore summa fruetur, pro tertia, dimidia potiturus* (1).

COMMENTARIUS.

1 (*Ex rebus, quæ acquisitionem effugiebant*). Id est, ex iis bonis adventitiis, quorum proprietas filio, non patri acquirebatur ex Græcorum Impp. constitutionibus; quo in numero erant bona materna aliaque, de quibus in *l.* 1. *et l.* 4. *C. de bon. quæ lib.* ut notatum §. *præced. n.* 4. Cave igitur intelligas peculia castrensia

aut quasi: nam eorum nihil apud patrem emancipatorem relictum fuisse ipse Justinianus aperte testatur in *l. 6. §. 3. C. de bon. quæ lib.* unde *hic* §. descriptus.

2 (*Pro tertia parte dominii, dimidiam ususfructus*). Justiniano duriusculum visum fuit, liberos, qui emancipabantur, specie honoris tam gravem jacturam rerum suarum pati, ut tertiam earum partem parens manumissor auferret, sibique pleno jure haberet, ut statuerat Constantinus in *l. 1. et seq. C. Theod. de bon. matern.* Neque tamen æquum putavit, nihil omnino remunerationis in vicem accepti beneficii liberos rependere. Qua de causa ipse sic statuit, ut pater pro tertia parte, quam ex prioribus constitutionibus de bonis filii maternis et lucris nuptialibus pleno et perpetuo jure dominii retinebat, partem dimidiam non dominii, sed ususfructus consequeretur; idque locum haberet in cæteris quoque adventitiis, postquam hujus generis bona omnia ejusdem juris esse voluit. Ita factum, ut nec liberi quicquam de dominio rerum suarum amitterent, nec causam conquerendi haberent parentes, concesso iis, pro præmio emancipationis, fructu tantæ partis bonorum.

3 Hoc autem ita obtinere Justinianus censuit, etiamsi pater in emancipatione sibi hoc præmium non expressè reservaverit, *d. l. 6. §. 3.* (1); cum tamen peculium profectitium, quod totum pleno jure patris est, filium emancipatum sequatur tanquam à patre tacite donatum, si pater id non ademerit, *l. 31. §. 2. de donat.* Differentiæ rationem hanc affert Joann. Faber, quod præmium emancipationis est ex provisione legis, quæ patri prospexerit in peculio, cujus ille adimendi potestatem non habebat: in peculio autem profectitio nihil opus fuit provisione legis: quandoquidem ipse pater pro arbitrio suo de eo statuere possit, et qui hoc ipso, quod non adimit, concedere id tacite intelligatur. Cui adde, quod peculii profectitii naturalis possessio penes filium est, adventitii penes patrem, utpote usumfructuarium: ita illud, si ademptum non sit, quasi ultro à patre relictum, et filio concessum intelligi: in hoc autem, quod pater ipse detinet atque apud se habet, jus suum sibi servare velle, beneficioque uti, nisi inter emancipandum juri suo renunciaverit, vel donatione facta hoc ab sese in liberos transtulerit *d. l. 6. §. 5.*

TEXTUS.

De servis nostris.

3 *Item vobis acquiritur, quod servi vestri ex traditione nanciscuntur, sive quid stipulentur, sive ex donatione, vel ex legato, vel ex qualibet alia causa acquirant. Hoc enim vobis et ignorantibus, et invitis obvenit. Ipse*

(1) *D. l. 15. tit. 18. P. 4.*

enim servus, qui in potestate alterius est, nihil suum habere potest. Sed si hæres institutus sit, non alias nisi vestro jussu hæreditatem adire potest. Et si vobis jubentibus adierit, vobis hæreditas acquiritur, perinde ac si vos ipsi hæredes instituti essetis. Et convenienter scilicet vobis legatum per eos acquiritur. Non solum autem proprietas per eos, quos in potestate habetis, vobis acquiritur, sed etiam possessio. Cujuscunque enim rei possessionem adepti fuerint, id vos possidere videmini. Unde etiam per eos usucapio, vel longi temporis possessio vobis accidit (1).

COMMENTARIUS.

1 Dictum hactenus est, quatenus per liberos nostros acquirimus: sequitur de acquisitione per servos, in qua jus vetus per omnia servatur traditum à Cajo in *l.* 10. §. 1. et deinceps *de adq. rer. dom. et huc* translatum. Id tale est, ut quicquid servus acquirit, sive ex causa peculii (quod in persona servi unius generis est, nempe quod permissu domini separatum à rationibus dominicis habet, *l.* 5. §. *ult. de pecul.*), sive extra eam quacunque ex alia causa, id totum acquirat domino.

2 (*Ignorantibus et invitis*). *L.* 32. *de adq. rer. dom. l.* 46 *de jur. dot.* Hujus autem necessariæ acquisitionis non alia ratio quærenda, quam quæ *hic*, et apud Cajum *d. loc.* relata est: nimirum, quia ipse servus, qui in alterius potestate est, nihil suum habere potest (2). Fit ergo hæc acquisitio ipso jure, ratione scilicet potestatis, quæ facit, ut ne momento quidem aliquo res subsistere possit in persona ejus, qui in potestate est, et per quem acquiritur; sed protinus et necessario acquiratur ei, qui in potestate habet, domino vel patri (nam et filiusfam. qua talis huc pertinet, *l.* 79. *de adq. hæred.*), quorum etiam vicem in acquirendo servus ac filiusfam. sustinent, et quibuscum hactenus una persona esse finguntur. Non obstat, quod dicitur, nolenti et invito beneficium non acquiri, *l.* 19. §. 2. *de don. l.* 69. *de div. reg. jur.* Non enim beneficii, sed juris ratio facit, ut sic domino per servum acquiratur Quod si dominus, id, quod sibi ita quæsitum est, habere nolit, licet ei id repudiare aut abjicere.

3 (*Sed si hæres institutus sit, non alias nisi vestro jussu*). Exceptio proxime præcedentis regulæ. Hæreditas quidem et ipsa per servos nostros hæredes institutos nobis acquiritur: cæterum non eodem modo, quo ex cæteris causis per eos acquirimus, ut etiam ignorantibus nobis et invitis acquiratur, sed volentibus duntaxat et jubentibus eos hæreditatem adire (3). Quod si jussu nostro non expectato adierint, ni-

(1) *L.* 7. *tit.* 21. *P.* 4. *l.* 3. *tit.* 29. *P.* 3.

(2) *D. l.* 3. *vers.* Esto.
(3) *L.* 13. *tit.* 6. *P.* 6.

hil agunt, *l.* 25. §. 4. *de adquir. hæred.* Hoc autem cur ita placuerit; minime obscurum est; ne scilicet in potestate servi esset, domini conditionem deteriorem facere, ignorantem eum obligando æri alieno hæreditario, quod sæpe excedit vires patrimonii defuncti, *l.* 6. *d. tit.* Illud enim notum est, eum, qui hæres efficitur, non tantum acquirere, sed etiam obligari et implicari oneribus hæreditariis.

4 (*Et convenienter vobis legatum*). Convenienter non ei, quod proxime procedit de acquisitione hæreditatis, quæ hoc proprium habere dicta est, ut non acquiratur per servum sine jussu domini; sed regulæ initio positæ, quod nempe per servos nobis acquiritur ex omnibus causis. Si ex causis omnibus, igitur et ex causa legati.

5 (*Non solum proprietas, sed etiam possessio*). An possessio per servum nobis acquiratur, causa est, cur dubites. Hæc enim res non juris, sed facti est, *l.* 1. §. 3. et 4. *de adq. poss.* ea autem quæ facti sunt, non transeunt ad dominum, sed in persona ipsius servi consistunt, *l.* 44. *de cond. et dem.* §. 2. *infr. de stip. serv.* ut proinde dicendum videatur, etiam possessionem in persona servi subsistere debere, nec domino per servum eam acquiri. Verum possessio non corporis tantum, et facti est, sed etiam juris, teste Papin. in *l.* 49. §. 1. *de adq. poss.* aut potius, ut idem Papin. in *princ. d. l.* hoc exprimit, ita facti est possessio, ut cum de ea acquirenda, retinenda aut transferenda agitur, plurimum ex jure mutuetur: inter quæ hoc etiam est, ut per eos nobis acquiratur possessio per quos res cæteræ, utique si nostro nomine possessionem apprehendant (1).

6 In acquirenda autem per servum possessione, causa peculiaris ab aliis separanda, ut si quidem ex causa peculiari possessionem nactus sit, ea etiam ignoranti domino acquiratur; si extra causam peculii, non nisi scienti: quæ distinctio aperte proponitur in *l.* 1. §. 5. *l.* 3. §. 12. *l.* 24. *l.* 44. §. 1. *de adq. poss.* Sed et ratio diversitatis iisdem locis perspicue indicatur: nimirum cum ea possessionis conditio sit, ut non nisi animo et corpore acquiri possit, *d. l.* 3. *pr.* (2); et licet corpore alieno, animo tamen non nisi nostro, nobisque volentibus, *d. l.* 3. §. 12. hunc animum nostrum in earum quidem rerum possessione, quas servi ex causa peculiari adipiscuntur quodammodo et in genere saltem concurrere, eosque quasi voluntate nostra intelligi possidere, eo quod peculium eos habere permisimus: in rebus autem non peculiaribus nullam omnino voluntatem domini acquisitionem antecedere, ac propterea ad possessionem in his causis acquirendam specialem domini voluntatem certamve scientiam necessariam esse, *d. l.* 44. §. 1. Sic igitur temperandum erit, sicubi simpliciter, quem-

(1) *L.* 3. *tit.* 30. *P.* 3.

(2) *L.* 1. *tit.* 30. *P.* 3.

admodum *hic* scriptum legamus, per servos nobis acquiri possessionem, aut acquiri nobis ignorantibus; ut in *d. l.* 34. §. *ult. eod.* Gloss. tamen alique etiam extra causam peculiarem, domino ignoranti possessionem per servum acquiri volunt.

3 (*Unde etiam per eos usucapio*). Cajus *d. l.* 10. §. 2. hoc sic expressit: *Unde etiam per eorum longam possessionem dominium nobis acquiritur* (1). In peculiaribus rebus uti ignorantibus nobis possessio acquiritur, ita receptum est, ut etiam ignorantes ex eadem causa usucapiamus: cum alioqui possessio ignorantibus nobis quæsita, veluti per procuratorem ad usucapionem non prosit, nisi postquam scientia nostra intervenerit. *l.* 47. *de usurp. et usucap. l.* 1. *C. de adq. poss.* quod plenius explicabimus sub §. *pen. hujus tit.*

TEXTUS.

De fructuariis, et bona fide possessis.

4 *De iis, autem servis, in quibus tantummodo usumfructum habetis, ita placuit, ut quicquid ex re vestra, vel ex operis suis acquirunt, id vobis adjiciatur: quod vero extra eas causas consecuti sunt, id ad dominum proprietatis pertineat. Itaque si is servus hæres institutus sit, legatumve quid ei, aut donatum fuerit, non usufructuario, sed domino proprietatis acquiritur* (1).

COMMENTARIUS.

1 Quæ de quærendo per servos dominio aut possessione dicta sunt §. *præced.* ea locum habent, cum quis plenam in servo proprietatem habet. Quod si apud alium ususfructus servi sit, apud alium nuda tantum proprietas, hic ex duabus causis usufructuario per servum acquiritur, ex re scilicet fructuarii et servi operis, ex cæteris causis proprietario. Idemque juris servatur in eo, qui bona fide servit, ut ex iisdem causis acquirat bonæ fidei possessori, ex cæteris aut sibi, si liber est; aut domino, si servus: de quibus nunc porro sequitur.

2 (*Ex re vestra, vel ex operis suis*). *L.* 10. §. 3. *de adq. rer. dom. l.* 21. *de usufr.* Ex re fructuarii, veluti si servus, cum fructuarius eum dispensatorem fecisset, rem aliquam ex nummis fructuarii comparavit, aut rem fructuarii locavit, pecuniam fœneravit &c. Hic enim res empta, merces locationis, usuræ pecuniæ creditæ quærentur fructuario, *l.* 1. *C. de rei vind. l.* 43. §. *ult. de adq. rer. dom.* Huc etiam pertinet, si quid donatum aut relictum fuerit servo fructuario, contemplatione fructuarii, *l.* 12. cum *seq. de usufr.* Quia vero aditio hæreditatis, licet factum requirat, non est in opera servili, *l.* 45. *de adq. vel omit. hær.* non acquiritur fructuario, *l.* 47. *de adq. rer. dom.*

(1) *L.* 3. *tit.* 29. *P.* 3. *vers.* Empero.

(2) *L.* 23. *tit.* 31. *P.* 3.

et hoc text. Ex operis servi, verbi gratia, si tutor sit, aut pictor, aut faber, atque ex hujusmodi aut simili opera alii præstita aliquid paravit, mercedem scilicet operæ, *l. 26. de usufr.*

TEXTUS.

5 *Idem placet et de eo, qui à vobis bona fide possidetur, sive is liber sit, sive alienus servus. Quod enim placuit de usufructuario, idem placet et de bonæ fidei possessore. Itaque quod extra istas duas causas acquiritur, id vel ad ipsum pertinet, si liber est, vel ad dominum, si servus est. Sed bonæ fidei posssesor, quum usuceperit servum (quia eo modo dominus fit), ex omnibus causis per eum sibi acquirere potest. Fructuarius vero usucapere non potest: primum quia non possidet, sed habet jus utendi fruendi: deinde quia scit, servum alienum esse. Non solum autem proprietas per eos servos, in quibus usumfructum habetis, vel quos bona fide possidetis, aut per liberam personam, quæ bona fide vobis servit, vobis acquiritur, sed etiam possessio. Loquimur autem in utriusque persona secundum distinctionem, quam proxime exposuimus, id est, si quam possessionem ex re vestra, vel ex suis operis adepti fuerint.*

COMMENTARIUS.

1 De iis, quos bona fide possidemus, idem jus est, quod de servis fructuariis, ut scilicet qui bona fide alicui servit, sive servus alienus est, sive homo liber, quicquid ex re ejus, cui servit, acquirit, quicquid item ex operis suis, id acquirat ei, cui servit, et à quo bona fide possidetur, *d. l.* 10 §. 4. *l.* 19. *de adq. rer. dom.* Quod extra duas istas causas acquiritur, placet vel ad ipsum, qui bona fide possidetur, pertinere, si liber est, vel ad dominum, si servus est.

2 (*Sed bonæ fidei possessor, quum usuceperit*). Bonæ fidei possessor usucapione servi perfecta, quacunque ex causa per servum acquirit: quia usucapio pleno jure dominum eum facit. Hoc ad hominem liberum bona fide possessum non pertinet: quippe cujus nulla usucapio est.

3 (*Fructuarius usucapere non potest &c.*). Ait cum Cajo in *d. l.* 10. §. *ult. de adq. rer. dom.* usufructuarium usucapere non posse (1); idque duplici de causa, tum quia non possidet, tum propter malam fidem, quia scit, servum alienum esse. Horum autem vel alterutrum satis est ad impediendam usucapionem: utpote quæ nec sine possessione, nec sine bona fide possessoris putantis rem suam esse, procedere potest, ut demonstratum *supr. tit. de usucap.* Et de scientia quidem fructuarii res certa est: neque enim ignorare potest, se earum rerum, quarum usumfructum habet, dominum non esse. Quin ipse alium dominum agnoscit, cum se fructuarium profitetur.

(1) *L. 5. tit. 30. Part. 3. vers.* Pero aquellos.

4 Quod vero simpliciter negatur, fructuarium possidere, non est sine omni scrupulo. Nam alibi contra dicitur possessor et possidere, *l.* 5. *in fin. pr. et* §. *ult. si usufr. pet.* (1), naturaliter possidere, *l.* 12. *de adq. poss.* Sed hæc non sunt contraria: nam et colonus et commodatarius et depositarius naturaliter dicuntur possidere, *l.* 2. §. 1. *pro hær. l.* 7. §. 11. *com. div.* qui tamen alibi possidere absolute negantur, ullamve habere possessionem, *l.* 33. §. 1. *de usurp. et usuc.* §. 5. *infr. de interd.* Nimirum nec hi, nec fructuarius vere possident, id est, non possident civiliter, animo dominantis, sine qua possessione non procedit usucapio. Sed in possessione sunt nomine alieno, apud quem possessio remanet, et qui per illos possidere intelligitur, *d.* §. 5. *infr. de interd. l.* 6. §. 2. *de prec.* Qui textus etiam in his terminis de fructuario loquitur: nec alia ratione dicitur retentio ususfructus species esse traditionis, quam quod qui retinet usumfructum, desinat sibi, et incipiat alii possidere. Itaque cum hi naturaliter possidere, aut possidere simpliciter dicuntur, impropria locutio est, qua corporalis tantum detentio significatur, *l.* 49. *de adq. poss.* Verum enimvero licet fructuarius non possideat, tamen quia firmius jus habet insistendi rei, atque omne rei emolumentum ad eum pertinet, ea res efficit, ut interdicta ei possessoria accommodentur, quæ cæteris, qui in possessione sunt tantum, denegantur, *l.* 3. §. 13. *de vi et de vi arm. l. ult. uti possid.* De quo pluribus agere *hoc loco* non licet.

(1) *D. l.* 5. *tit.* 30. *P.* 3.

TEXTUS.
De reliquis personis.

6 *Ex his itaque apparet, per liberos homines, quos neque vestro juri subjectos habetis, neque bona fide possidetis: item per alienos servos, in quibus neque usumfructum habetis, neque possessionem justam, nulla ex causa vobis acquiri posse. Et hoc est, quod dicitur, per extraneam personam nihil acquiri posse, excepto eo, quod per liberam personam (veluti per procuratorem) placet, non solum scientibus, sed et ignorantibus vobis acquiri possessionem, secundum Divi Severi constitutionem: et per hanc possessionem etiam dominium, si dominus fuerit, qui tradidit: vel usucapionem, aut longi temporis præscriptionem, si dominus non sit.*

COMMENTARIUS.

1 Concludit ab enumeratione personarum, per quas acquiri huc usque docuit, quasi ab enumeratione partium, per extraneam personam nihil nobis acquiri posse. Sed causa excipitur possessionis.

2 (*Nihil acquiri posse*). Quas exceptiones hæc regula habeat in obligatione per extraneum acquirenda, videbimus in §. 4. *infra de inut. stip.*

3 (*Excepto eo, quod per liberam personam placet acquiri possessionem*). Excipit possessionem, quam placuit per quemlibet nobis acquiri, qui eam nostro nomine aprehenderit, id est, hoc animo, ut velit nostro nomine possidere, *l.* 1. *C. hoc tit. l.* 1. *C. de adq. poss.* (1). Qui locus etiam rationem suggerit, cur in possessione acquirenda singulariter hoc receptum sit; nimirum quia possessio acquiritur actu naturali et corporali rei apprehensione, in quo facilius alteri operam navare, et ministerium præstare possumus, quam in iis, quæ civiliter acquiruntur citra istiusmodi actum, puta stipulando aut contrahendo, relictumve agnoscendo: et tamen hoc ipsum, ut per liberam personam possessio nobis quæratur, propter utilitatem contra stricti juris rationem constitutionibus introductum videtur, *d. l.* 1. *et l.* 8. *de adq. possses.*

4 (*Non solum scientibus, sed et ignorantibus*). Etiam ignorantibus possessionem per procuratorem nobis acquiri, multis locis apertissime scriptum est, *l.* 34. §. 1. *l.* 49. §. *ult. de adq. poss. l.* 1. *C. eod.* Cui non obstat quod dicitur in *l.* 53. *de adq. rer. dom.* per quemlibet volentibus nobis possessionem acquiri. Hæc enim non pugnant, ignorantibus posse acquiri possessionem, et non acquiri nisi volentibus. Ignorare possumus, quo tempore procurator noster possessionem apprehendat: quandocunque autem hoc fit, nostra fit voluntate, qui ut apprehenderet mandavimus.

5 (*Et per possessionem dominium*). Ut possessio nobis per procuratorem acquiritur, sic et per possessionem dominium, si incipiat ab eo, qui dominus fuit, et dominium in nos transferre voluit, *l.* 20. §. *ult. de adq. rer. dom.* Etenim admisso eo, ut per liberam personam possessio nobis quæratur, necessarium hoc consequens fuit, ut et dominium quæreretur per possessionem prius quæsitam; si ea à rei dominio transferendi dominii causa tradita esset. Fieri enim non potest, quin is, qui rem ex justa causa, hoc est, idonea ad transferendum dominium, traditam à domino possidere cœpit, dominus ejus rei statim efficiatur.

7 (*Vel usucapionem*). Id est, usucapiendi occasionem. Hoc enim perpetuum est, ut quo casu dominium statim acquiritur, si dominus sit, qui tradit dominii transferendi causa, eo casu acquiratur jus usucapionis, si dominus non sit. Prætermissa autem *hoc loco* à Triboniano est insignis inter hos casus differentia. Nam si is, qui procuratori meo rem meo nomine tradidit, dominus fuit, etiam ignoranti mihi dominium acquiritur, *l.* 13. *de adq. rer. dom.* si non fuit dominus, usucapiendi conditio mihi non quæritur, nisi postquam scientia mea intervenerit, *l.* 1. *C. de adq. poss. l.* 47. *de usurp. et usucap.*

(1) *L.* 3. *l.* 6. *tit.* 30. *P.* 5

Hoc ideo, quia eum, quem usucapere volumus, non sufficit possidere, nisi et possideat bona fide, quam nemo dixerit eum habere, qui se possidere ignorat. Excipe tamen causam peculiarem, in rebus enim peculiaribus receptum est, ut etiam ignorantes usucapiamus, *d. l.* 47. ut monuimus *supr.* §. 3. *hoc tit.*

7 " In Hispania etiam obli-
"gatio per procuratorem acquiri
" potest, *l.* 11. *tit.* 1. *lib.* 10. *Nov.*
" *Recop.* licet aliud jure veteri
" obtinebat ex *l.* 7. *tit.* 11. *P.* 5."

TEXTUS.

Transitio.

7 *Hactenus tantisper admonuisse sufficiat, quemadmodum singulæ res vobis acquirantur: nam legatorum jus, quo et ipso singulæ res vobis acquiruntur: item fideicommissorum, ubi singulæ res vobis relinquuntur, opportunius inferiore loco referemus. Videamus itaque nunc, quibus modis per universitatem res vobis acquirantur. Si cui ergo hæredes facti sitis, sive cujus bonorum possessionem petieritis, vel si quem adrogaveritis, vel si cujus bona libertatum conservandarum causa vobis addicta fuerint; ejus res omnes ad vos transeunt. At prius de hæreditatibus dispiciamus, quarum duplex conditio est: nam vel ex testamento, vel ab intestato ad vos pertinent. Et prius est, ut de his dispiciamus, quæ ex testamento vobis obveniunt; qua in re necessarium est, initium de testamentis ordinandis exponere.*

COMMENTARIUS.

1 Expositis modis, quibus jure civili acquiruntur res singulæ, transit Imperator ad eos modos, quibus eodem jure acquiruntur universæ, sive quibus acquirimus per universitatem. Hic autem spectandi modi ipsi et causæ acquirendi, non universitas acquisitionis, nam et legari et donari bonorum universitas potest, *l.* 26. §. 2. *de legat.* 1. *l.* 8. *C. de revoc. donat.* (1), potest et vendi, *tot. tit. de hæred. ven.* Sed tituli hi nihilominus natura singulares sunt, hoc est, comparati duntaxat ad acquirendum res singulas: et ideo nec idem jus in universum acquirendi tribuunt, quod verbi causa hæreditas, idque cernitur in actionibus directis tam activis, quam passivis, quæ per modos singulares non transeunt. Modi ipsi acquirendi soli universales sunt natura sua, ad quos nunc se Princeps confert.

2 (*Legatorum jus, item fideicomm. opportunius inferiore loco*). Occupat et tacite removet, quod objici poterat de perturbatione ordinis, quod scilicet in disputatione de acquisitione juris civilis rerum singularum non omnes acquirendi modos, qui eo pertinent, exequatur, quod lex methodi videbatur exigere, sed par-

(1) *Arg. l.* 4. 5. *et* 8. *tit.* 6. *lib.* 10. *Nov. Recop.*

te eorum præterita, ad aliud genus intempestive transeat: nam legata et fideicommissa non minus ad prius istud genus acquisitionis pertinere, quam usucapionem et donationem. Id ergo se non ignorare significat, et consulto tractationem de legatis et fideicommissis in alium locum rejecisse, eumque, qui longe sit opportunior: nam originem eorum, causam communem et exitum flagitare omnino, ut de iis demum tractetur cognito jure testamentorum, *infr. de legat. in pr.* cum testamento relinquantur.

3 (*Per universitatem*). Transit ergo Imperator ad modos acquirendi universales, seu per universitatem, hoc est, quibus universim et una acquisitione acquirimus bona alicujus omnia, res omnes, et jus universum alterius, non separatim res singulas. Ita enim paulo post: *Si cui ergo hæredes facti sitis &c. ejus res omnes ad vos transeunt*, et Cajus *lib. 2. tit. 2. in pr. Per universitatem*, ait, *hoc est, simul omnia bona acquirimus hæreditate*, fac. *l. 62. de div. reg. jur.* Et quemadmodum actiones, quibus bonorum universitatem petimus ex objecto appellamus universales, qualis est petitio hæreditatis; quibus res singulas, qualis est rei vindicatio, singulares aut speciales, *l. 1. l. 73. de rei vind. l. 15. C. de transact.* ita et titulos, qui pertinent ad acquirendum per universitatem, id est, res alicujus universas, universales; qui ad res singulas, singulares dicimus. In summa universitas non est causa sive titulus, neque etiam modus acquirendi, sed illud ipsum quod acquiritur, veluti hæreditas, quam sibi delatam acquirit hæres adeundo, *§. ult. infr. de hær. qual.*

4 (*Si cui ergo hæredes facti &c.*). Olim modi, quibus per universitatem acquiritur, complures erant. Septem enumerat D. Anton. Contius *lib. 1. disp. cap. 12.* Ex quibus antiquati, successio per bonorum debitoris venditionem et ea, quæ fiebat per redactionem liberæ mulieris in servitutes ex Senatusconsulto Claudiano, *infr. tit. de succ. subl. quæ fieb. per bon. vend. et ex Senatusconsult. Claud.* Item in manum conventio seu coëmptio, quæ itidem species erat successionis per universitatem. Nam olim cum mulier viro in manum convenisset, omnia, quæ mulieris erant, viri fiebant dotis nomine, teste M. Tullio in *Top. cap. 4.* in quem locum de ritu coëmptionis vid. Boët.

5 Soli manserunt hi quatuor, quorum idcirco etiam mentionem tantum facit Justinianus, susceptio hæreditatis, bonorum possessionis agnitio, adrogatio, libertatum conservandarum causa bonorum addictio. Annumeratur tamen his et successio fisci, bona damnatorum vel eorum qui sine hærede moriuntur, occupantis, arg. *l. 15. de interd. et rel. l. 1.* et passim *de jur. fisc.* item ingressus monasterii. Nam Justin. *nov. 5. cap. 5.* unde *auth.* Ingressi *C. de sacros. Eccles.* constituit, ut universa bona religionem ingressi acquirantur monasterio, extra quam si liberos habeat, inter

quos substantiam suam dividere non prohibetur, una saltem parte sibi retenta, in quam monasterium succedat. Cæterum neque fisci, neque monasterii successio simpliciter universalis est, qualis est hæredis, bonorum possessoris &c. ut onera quoque agnoscere cogantur: licet enim teneantur respondere creditoribus, damnum tamen nullum sentiunt, si bona non sufficiant. Ex quatuor autem modis per universitatem succedendi *hic* propositis, unus est, per quem succeditur viventi, scilicet adrogatio: per cæteros succeditur defuncto.

6 (*Vel ex testamento, vel ab intestato*). Acquisitio hæreditatis duabus hisce rebus constat, delatione et delatæ susceptione. Ex delatione est jus et titulus acquirendi, in susceptione modus. Et ideo non ante acquiri hæreditas potest, quam cum delata est, *l.* 21. §. 2. *de adq. hæred*, et retro delata esse intelligitur, quam quis potest adeundo consequi, *l.* 151. *de verb. signif.* Defertur autem hæreditas aut testamento, aut lege ab intestato, *l.* 1. *et* 2. *seqq. de hæred. pet.* (1): unde hæredes alii testamentarii, alii legitimi: item hæreditas testamentaria et legitima, *l.* 70. *de adq. hær. l.* 6. §. 2. *quæ in fraud. cred.*

7 (*Quæ ex testamento obveniunt*). Ordinarium fuit ante de judiciis testantium, deinde de successione ab intestato loqui, ait Ulpian. *l.* 1. *si tab. text. nul. ext.* nimirum quia prior semper ratio fuit hæreditatis testamentariæ, quam legitimæ. Nam verbis legis duodecim tabularum, *uti quisque legasset suæ rei, ita jus esto*, sic confirmantur judicia testantium, ut quandiu hæc proferuntur, atque ex testamento adiri potest hæreditas, ab intestato non deferatur, *l.* 39. *de adquir. hæred.* Quoniam autem ad hoc ut testamento deferatur hæreditas et acquiri possit, requiritur, ut testamentum justum sit, hoc est, secundum regulas et præcepta juris civilis ordinatum, ideo subjicit necessarium esse, expositionem ejus rei ab ordinatione testamentorum inchoare.

(1) *Princ. tit.* 13. *P.* 3.



TITULUS DECIMUS.

DE TESTAMENTIS ORDINANDIS.

D. Lib. 28. *Tit.* 1. *Cod. Lib.* 6. *Tit.* 23. *novell.* 66. *et* 119. *cap.* 9. (1).

1 In *calce præcedentis tituli* dictum est, cum quæritur de acquirenda hæreditate, quæ dicatur testamento delata, in primis inspiciendum esse, an testamentum valeat, et rite ordinatum sit; eamque ob causam etiam initium hujus tractationis à doctrina de testamentis ordinandis, sive de ratione et modo testandi Imperatorem capere. Cæterum cum hæc doctrina ad omnium testamenta non pertineat, sed ad paganorum duntaxat, et ex his ad ea, quæ fide privata ordinantur, quorum scriptorum alia forma sit, alia non scriptorum; ut omnis confusio vitetur, prius genera testamentorum obiter secernemus, explicaturi deinde, quomodo singula fiant iis in locis, ubi hoc tangit Imperator.

2 Testamentum in genere nihil aliud est, quam: *Ultima voluntas, qua quis hæredem sibi sive bonorum successorem deligit.* Et geminæ ejus sunt species: unum commune omnium civium Romanorum, quod *paganicum* appellatur; alterum proprium militum, quod ideo *militare.* Utrumque rursus vel scriptum est, vel non scriptum seu nuncupativum, §. *ult. infr. eod. et* §. 1. *tit. seq.* (2). Et commune sive paganicum iterum vel publica fide ordinatur, *l.* 19. *C. hoc tit.* vel fide privata. Cum autem sola paganorum testamenta, quæ quidem fide privata fiunt, adstricta sint legibus, quæ ad solemnitatem ordinationis pertinent, militaria his omnibus soluta, sciendum est, nihil eorum, quæ de iis in conficiendo testamento observandis *hoc loco*, et passim aliis ejusdem argumenti simpliciter traduntur, ad militaria testamenta pertinere; adeoque in toto jure cum simpliciter testamentum nominatur, commune sive paganicum intelligi. Paganorum testamenta ut recte fiant, et jure civili rata sint, in hisce tribus positum est: in persona testantis: in forma testandi et modo: in rebus, quas testamentum necessario complecti debet. Quod Cajus *l.* 4. *hoc tit.* sic expressit: *Si quæramus,*

(1) *Tit.* 1. *P.* 6. *et tit.* 18. *lib.* 10. *N. Recop.*

(2) *L.* 1. *tit.* 1. *P.* 6. *vers.* E son, *l.* 1. cum *seq. tit.* 18. *lib.* 10. *Nov. Recop.*

inquit, *an valeat testamentum, in primis animadvertere debemus, an is, qui fecerit testamentum, habuerit testamenti factionem: deinde si habuerit, requiremus, an secundum regulas juris civilis testatus sit.* Regulæ vero istæ pertinent vel ad modum testandi, vel ad res, quas testamentum, ut valeat, complecti necesse est. Atque hæc omnia etiam à Justiniano ordine tractantur: verum orditur ille à testandi modo. De personis testantium agit secundo loco, *infra tit.* 12. de rebus, quarum insertio ad vim testamenti necessaria, *titt.* 13. et 14. Recenset *hic* primum historiæ causa antiquas atque obsoletas testandi formas: deinde explicat, quo ritu postea testamenta fieri cœperint, primum per scripturam, deinde sine scriptura, voluntate palam nuncupata. Cæterum hæc omnia pertinent ad ea testamenta, quæ fiunt fide privata. Publica autem fide si quis testari velit (quod *hic* à Justiniano omissum) poterit id facere vel coram Principe per supplicationem, vel apud acta Judicis aut Municipum; et tunc neque alia solemnitas desideratur, *l.* 19. *C. hoc tit. et ibi* Gloss. et DD. (1).

TEXTUS.

Etymologia.

Testamentum ex eo appellatur, quod testatio mentis sit (2).

(1) *L.* 5. *tit.* 1. *P.* 6.

COMMENTARIUS.

1 (*Quod testatio mentis sit*). Allusione quadam etymologica ostendit rei, et vocis convenientiam, imitatus S. Sulpitium, qui quo efficacius vim rei exprimeret, testamentum dixit esse verbum duplex, compositum à contestatione mentis. Estque hujusmodi allusiva derivandi ratio omnibus auctoribus admodum familiaris: in jocis venustas delectat: in rebus seriis etiam utilitate sua, quam in re declaranda habet, commendabilis: qualis est illa Ciceronis, qui *lib.* 1. *de offic. cap.* 6. *fidem ex eo appellatam*, scribit, *quia fiat, quod dictum est.* Item illa Augustini, quod *mentiri inde dictum, quod sit contra mentem ire.* Similis est illa apud Priscianum: *argumentatio dicta est, quasi argutæ mentis oratio.* Apud nostros etiam crebro id genus occurrit. Talis est illa Pauli et Labeonis, qui possessionem appellatam scribunt à sedium positione, *l.* 1. *in pr. de adq. poss.* Et Ulpiani, qui ait, novationem nomen accepisse à nova obligatione, *l.* 1. *de novat.* Ejusdem generis inveniuntur et in *l.* 3. *de damn. inf. l.* 2. §. 2. *de reb. cred.* Nec absimilis est illa Celsi dicentis, jus à justitia appellatum esse, *l.* 1. *in pr. de just. et jur.* Hæc autem et his similia, licet non dicantur ex vero, speciosam tamen veri arguendi vim habent, sicuti exempla et comparationes

(2) *D. l.* 1. *tit.* 1. *P.* 6.

fictæ non minus arguunt, quam veræ.

2 Descriptionem testamenti habemus apud Modestinum *l.* 1. *hoc tit. Testamentum*, inquit, *est: Voluntatis nostræ justa sententia de eo, quod quis post mortem suam fieri velit.* Si *justam sententiam* accipimus solemnem aut plenam, hoc est, integram et de omnibus bonis (utraque enim significatio huic verbo convenit), hac nota satis removebuntur codicilli. Similem descriptionem habemus apud Ulpian. in *frag. tit.* 20. Perfectissima autem erit definitio, si ita dicamus: *Testamentum est: Suprema contestatio in id solemniter facta, ut quem volumus, post mortem nostram habeamus hæredem.* Nam legata ad testamenti substantiam non pertinent, *l.* 1. §. 3. *de hæred. instit.* Sunt autem hæ definitiones conceptæ de iis testamentis duntaxat, quæ fiunt jure communi omnium civium Romanorum: ad ea quæ fiunt jure proprio et singulari, qualia sunt militum, de quibus *tit. seq.* et quorundam etiam paganorum, de quibus nos obiter ad §. 4. *num.* 2. *infr. hoc tit.* non pertinent.

3 Quæri hoc loco solet, cui juri adscribenda sit testamenti factio, utrum juri gentium, an civili. Dicendum est, si generaliter, simpliciter, et indefinite usus testamentorum consideretur, eum esse ex jure gentium; si specialiter et definite, ex jure civili. Neque aliud Interpp. sentiunt, cum originem testamentorum ad jus gentium referunt, formam ad jus civile: formam nimirum propriam et modum testandi peculiarem cujusque Reipub. Breviter, ut liceat morituris disponere de rebus suis, ex jure gentium est; ut non aliter liceat, quam hoc, vel illo modo, ex jure civili. Hujus rei non leve argumentum est, licet à posteriori concludat, quod apud omnes fere gentes in usu testamenta fuerunt, sive jus cavendi de eo quod quis post mortem suam fieri vellet. Philosophorum supremas aliquot voluntates refert Diog. Laërtius in *vitis Philosoph.* Isaias Propheta annuntiat Ezechiæ regi Judæ, ut domui suæ præcipiat, quasi mox morituro, 4. *Reg.* 20. et Tacitus de Germanis ut singulare aliquid notat, quod nullum apud eos testamentum esset, *lib. de morib. German. cap.* 20. et secundum hæc ad populum Constantinus: *Nihil est*, inquit, *quod magis hominibus debeatur, quam ut supremæ voluntatis (postquam jam aliud velle non possunt) liber sit stylus, et licitum, quod iterum non redit arbitrium*, *l.* 1. *C. de sacros. Eccles.*

4 Reperiuntur tamen, qui testamenti factionem toto suo genere juris mere civilis esse contendunt, ac ne illud quidem nobis concedunt, quod dicimus, rem ipsam simpliciter et per se consideratam esse juris gentium. Negant, rationi et simplicitati juris gentium convenire, ut quis disponat de re non sua: id autem eum facere ajunt, qui disponit in id tempus, quo dominus esse desinit. Sed assumptio hæc falsa est.

Non enim de re aliena, sed sua, nimirum eo tempore, quo adhuc dominus est, testator disponit, et quid fieri velit, ordinat: licet executionem voluntatis in tempus mortis suæ suspendat. Quod non magis pugnat cum ratione naturali, quam si quis bona sua omnia alicui donaret ea lege, ut ipse, quoad vivat, usum possessionemque eorum retineat. Nam, ut recte docet D. Grotius *lib. 2. de jur. bel. et pac. cap. 6. num.* 14. testamentum vi ipsa nihil aliud est, quam alienatio in mortis eventum ante eam revocabilis, retento interim jure possidendi, ac fruendi. Ex eo quoque quod successio, quæ jure sanguinis ab intestato defertur, revera ex jure communi est, male colligas, alienum esse à ratione ejusdem juris ultima voluntate de bonis suis cavere. Etenim ne illo quidem jure putandum est, defuncti bona simpliciter addici proximis, sed in defectum supremæ voluntatis ejus, qui dominus fuit, arg. §. 40. *sup. de rer. div. d. l. C. de sacros. Eccles.* quem naturæ legis ordinem etiam in deferenda hæreditate lex XII. Tab. secuta est.

TEXTUS.

De antiquis modis testandi civilibus.

1 *Sed ut nihil antiquitatis penitus ignoretur, sciendum est, olim quidem duo genera testamentorum in usu fuisse: quorum altero in pace et otio utebantur, quod calatis comitiis appellabant; altero, cum in prælium exituri essent, quod procinctum dicebatur. Accessit deinde tertium genus testamentorum, quod dicebatur per æs et libram: scilicet, quod per emancipationem, id est, imaginariam quandam venditionem agebatur, quinque testibus, et libripende, civibus Romanis puberibus præsentibus, et eo, qui familiæ emptor dicebatur. Sed illa quidem priora duo genera testamentorum ex veteribus temporibus in desuetudinem abierunt: quod vero per æs et libram fiebat, licet diutius permanserit, attamen partim, et hoc in usu esse desiit.*

COMMENTARIUS.

1 (*Sed ut nihil antiquitatis*). Hujus rei testem habemus etiam Aulum Gellium, qui *lib. 15. noct. Attic. cap.* 27. sic scribit: *Tria genera testamentorum fuisse accepimus: unum quod calatis comitiis in concione populi fieret: alterum in procinctu, cum viri ad prælium faciendum in aciem vocabantur: tertium per familiæ emancipationem, cui æs, et libra adhiberetur.* Idem quoque tradit Ulpian. in *fragm. tit.* 20.

2 (*Quod calatis comitiis appellabant*). Testamentum quo Romani utebantur in pace, calatis comitiis fiebat. Patet ex scriptis veterum, maxime Ciceronis, Livii, et Dionysii Halicarnassensis, tria fuisse, eaque diversa comitiorum genera: curiata, centuriata, et tributa: quorum antiquissima curiata. Antiquitatis studiosi adeant

Gellium *loco citato*, atque Nicol. Gruch. et Carol. Sigonium, qui de comitiis Romanorum scripserunt ex professo. De eis agit etiam Gravina *lib. 1. orig. jur. civ. cap.* 28. nosque egimus in *jur. histor. nn.* 6. et 14. Hic annotare sufficit per *calata comitia*, de quibus in *textu*, intelligi curiata: quia alias non potuissent Quirites in urbe testari usque ad tempora Servii Tullii VI. Romanorum Regis, à quo instituta fuerunt secunda seu centuriata.

3 (*Quod procinctum dicebatur*). Alterum testamenti genus antiquitus usurpatum, cum ad pugnam ituri essent, incerti an essent redituri, *procinctum* appellatum esse ait: pro quo malim *in procinctum*, nam testamentum inepte procinctum dixeris; licet Theophilus quoque procinctum legat, ut verisimile sit, ita Tribonianum scripsisse. At enim veteres ita locuti non sunt, ut hoc epitheton ipsi testamento apponerent; sed *procinctum militem, procinctum exercitum, procinctam classem* dicebant, id est, multitudinem hominum ad prælium instructam et paratam; eo quod togis incincti olim pugnabant, quo expeditiores essent, teste Festo. Hinc *procinctus*, pro *exercitus.* Ammian. *lib.* 18. *procinctus adventans.*

4 (*Quod dicebatur per æs et libram*). Ut scribit Theophilus, inauspicatum veteribus visum fuit, sano et valente corpore testamentum facere velle, extra quam si præsens periculum foret, veluti si in hostem pugnandum esset, aut comitia testamentis faciendis ex professo haberentur: quod bis tantum in anno, si eidem Theophilo credimus, fiebat. Sed cum hinc eveniret, ut ne ægrotantibus quidem semper libera esset testamenti factio, nec feminæ quibuscum nulla comitiorum communio erat, teste Gellio *lib.* 5. *cap.* 19. ulla ratione testari possent; excogitata postea est tertia testandi ratio, secundum quam, et quovis loco ac tempore, et feminis etiam suprema judicia ordinare licet. Hic modus testandi *per æs et libram* dictus, quia per emancipationem, in qua æs et libra adhibebatur, fiebat: unde hæres per æs et libram apud Ciceronem, 2. *de legib.* Et sciendum est, Romanos primis temporibus æri gravi atque argento rudi, non signato usos fuisse pro pecunia, atque hæc appendere, non numerare solitos: insignata pecunia argentea demum post Pyrrhum Regem devictum uti cœpisse, eamque numerare, auctore Plinio *lib.* 33. *cap.* 3. Verba tamen vetera etiam postea retenta sunt, ut pendo, appendo, expendo, nominaque ab his derivata; et imago quædam vetusti moris in venditione, atque alienatione rerum mancipii, quæ uno verbo *mancipatio* dicitur (Cicero in *Top. cap.* 10. *traditionem nexu* vocat, propterea quod hæc emancipationem sequebatur) nimirum ut is, in quem hæ res transferebantur, eas emeret à domino ære et libra, appenso ei, dicis causa, nummo uno. Atque hoc modo plenissimo et optimo jure dominium in accipientem transferebatur,

pleno scilicet jure Quiritium; cum alioqui bonitarium duntaxat transiret.

5 Aderant præter libripendem quinque testes, cives Romani, puberes, certisque verbis hic actus perficiebatur, vide Ulpian. *tit.* 1. §. 11. *et tit.* 19. §. 2. et Boëtium in *Top. Cicer. lib.* 3. apud quem etiam extat mancipationis formula. *Is*, inquit, *qui mancipio accipit, æs tenens ita dicit: Hunc ego hominem ex jure Quiritium meum esse ajo, isque mihi emptus est hoc ære æneaque libra. Deinde ære percutit libram, indeque æs ei dat, à quo mancipio accipit, quasi pretii loco.* Ita recte eum locum emendat Salmas. *lib. de us. cap.* 8. Traductum hoc postea, et ad translationes universitatis bonorum, ut futurus successor familiam, id est, universam substantiam testatoris emeret, quo post mortem ejus hoc tanquam justo titulo bona possidere intelligeretur.

6 (*Quod vero per æs et libram &c.*). Priora illa duo testamentorum genera jam diu exoleverant, cum per æs et libram adhuc frequentaretur. Ulp. in *fragm. tit.* 20. §. 8. scribit, suo tempore id solum in usu fuisse, nimirum ex testamentis, quæ ad jus civile pertinebant, scilicet prioribus illis duobus abolitis: nam secundum formam à Prætore introductam, et juris mixti, eo tempore testamenta quoque fieri solita, multis auctoritatibus doceri potest, *l.* 22. §. 4. *l. pen. hoc tit.* cum *similib.* et apud Ciceronem quoque non uno in loco mentio fit testamentorum obsignatorum. Ait, *partim et hoc in usu esse desiit.* ¿ An hoc ideo dicit, quia familiæ emptor postea alius esse cœpit ab hærede, cum primis temporibus idem esset, ut bis testatur Theophilus *hoc loco*? Sed hoc factum jam olim, et stante adhuc Republ. Arbitror Justinianum hoc significare voluisse, cum in testamento, quod per æs et libram fiebat, duæ res antea agerentur, familiæ mancipatio et nuncupatio testamenti, solemnitatem familiæ mancipandæ paulatim exolevisse: solum alterum, nuncupationem scilicet testamenti, sive solemnem voluntatis contestationem, et quodammodo numerum testium usque ad sua tempora mansisse, sicut apparet ex mixta testandi forma, qua posteritas uti cœpit, §. 3. *infr. eod.* quo loco hoc innuit ipse Justinian.

TEXTUS.

De testandi ratione prætoria.

2 *Sed prædicta quidem nomina testamentorum ad jus civile referebantur. Postea vero ex edicto Prætoris forma alia faciendorum testamentorum introducta est. Jure etenim honorario nulla mancipatio desiderabatur, sed septem testium signa sufficiebant: cum jure civili signa testium non essent necessaria.*

COMMENTARIUS.

1 (*Ad jus civile referebantur*).

Opponitur *hoc loco* jus civile prætorio: quod cum fit, cæteras partes juris civilis intelligere debemus, quæ scilicet ex legibus plebiscitis, senatusconsultis, decretis Principum, auctoritate prudentum veniunt, *l. 7. de just. et jur.* Cætera clara sunt.

TEXTUS.

De conjunctione juris civilis, et prætorii.

3 *Sed cum paulatim, tam ex usu hominum, quam ex constitutionum emendationibus cœpit in unum consonantiam jus civile, et prætorium jungi, constitutum est ut uno eodemque tempore, quod jus civile quodammodo exigebat, septem testibus adhibitis, et subscriptione testium, quod ex constitutionibus inventum est, et ex edicto Prætoris signacula testamentis imponerentur; ita ut hoc jus tripartitum esse videatur: et testes quidem, et eorum præsentia, uno contextu, testamenti celebrandi gratia à jure civili descendant: subscriptiones autem testatoris, et testium ex sacrarum constitutionum observatione adhibeantur: singula autem, et testium numerus ex edicto Prætoris.*

COMMENTARIUS.

1 (*Tam ex usu hominum, quam ex constitutionum emendationibus*). Sensus est, cum duo essent simplicia testamentorum genera, unum civile, alterum prætorium, usu hominum jus civile cum prætorio hac in parte coaluisse, atque inde mixtum extitisse testamenti genus, ex utroque illo jure collectum, quod et constitutionibus postea probatum sit; addito, ut testator et testes omnes subscriberent: ut adeo forma conficiendi per scripturam testamenti, qua posterior ætas uti cœpit, quamque Justinianus *hic* describit, ex triplici jure conflata sit: ex jure civili antiquo, et novo constitutionum principalium, atque ex jure honorario. Per hoc tamen non statim antiquata fuit civilis ratio testandi per æs et libram, Ulpian. *tit.* 20. §. 8. neque prætorii testamenti vis aut usus sublatus: de quo sub §. *6. infr. quib. mod. test. inf.* Videamus nunc solemnitates, quæ ad hoc testamentum debent concurrere.

2 (*Uno eodemque tempore*). Hæc subtilitas ex jure civili est. Est enim ex jure civili, quod actus solemnes et legitimi continui esse debent, et uno contextu absolvi, *l. continuus 137. de verb. oblig.* Ait autem, *quod jus civile quodammodo exigebat Quodammodo*, id est, *fere.* Additum, quia ait, *septem testibus adhibitis.* Nam jus civile quinque tantum testes exigebat, reliqui duo pro libripende et antestato à Prætore substituti: et ideo paulo post juri civili adscribit duntaxat actus continuitatem, et testium præsentiam, numerum testium juri prætorio. Illud notandum est, numerum istum septem testium requiri ad solemnitatem ordinationis testamenti, sive cum de substantialibus, ut loquuntur, testamenti

quæstio est: non autem ubi quod obscurius in testamento dictum scriptumve, post solemnia testator explanat; veluti si cum Titio centum legasset et multos Titios amicos haberet, postea declaraverit, de quo senserit, *l.* 21. §. 1. *hoc tit.*

3 (*Subscriptione testium*). Et testatoris, ut mox. Ita enim constitutum á Theodosio *l.* 21. *C. eod.* additumque, si testator litteras ignoret vel subscribere nequeat, octavum ut subscriptorem adhibeat. Cæterum ex constitutione Justiniani, si testator propria manu totum testamentum conscripserit: idque se fecisse in tabulis specialiter expresserit, nihil opus est vel ipsum vel alium ejus nomine subscribere, *l.* 28. §. 1. *C. eod.*

4 (*Et testes quidem, et eorum præsentia*). Non est autem satis corpore testes præsentes esse, nisi et animo sint, intelligantque voluntatem testatoris. Neque tamen sermonis intelligentiam requirimus, sed placet sufficere, si vel sensu quis percipiat, cui rei adhibitus sit. Enimvero durare testes debent, donec suprema contestatio peragitur: invitos tamen retinere non licet: et si retenti sint, testamentum non subsistit, *l.* 20. §. *antepen. et ult. eod.* Adhæc, rogati adesse debent, aut saltem si alterius rei causa collecti sint, ante testimonium certiorari, se ad testamentum adhiberi, *l.* 21. §. *pen. eod. l.* 21. *C. eod.* Hoc amplius, et in conspectu testatoris, testimonii officio fungi necesse est, *l.* 9. *C. eod.* Quapropter non est satis, ut quidam tradiderunt, testes oculatos esse, si testatorem ipsi non videant, forte velo aut cortina interjecta conspectum adimente, licet vocem ejus audiant: sed necesse est, ut faciem ejus videant, ne qua fraus fiat, alio forte subornato, qui vocem testatoris imitando simulet.

5 (*Uno contextu*). Uno eodemque die ac tempore, *l.* 21. *C. hoc tit.* nulloque actu ab instituto negotio alieno interveniente, *l.* 21. §. *ult. hoc tit. d. l.* 21. *C. eod.* nisi forte talis sit actus, quem ratio morbi testatoris, vel necessitas naturæ efflagitet, etiam in testibus: quod pluribus explicat Justinianus in *l.* 28. *C. eod.* (1), ut tamen si quid supervenerit, ob quod aliquis è testibus diutius abesse cogatur, alius testis substitui debeat, *d. l.* 28. Cæterum hæc non eo pertinent, ut testator teneatur eodem tempore, et testes adhibere, et testamentum scribere vel dictare ac finire: sed ad nuncupationem testamenti, sive ipsam testationem et declarationem voluntatis, cum scilicet testamentum subscribendum et obsignandum testibus in eam rem adhibitis offertur: nam quin alio tempore testamentum conscribere et scriptionem sæpius interrumpere; alio verò testes ad solemnia adhibere possit, non ambigitur. *d. l.* 21. *C. hoc t.*

6 Cum igitur uno actus contextu testari oporteat, negotioque alieno aut ad testamentum non

(1) *L.* 3. *tit.* 1. *P.* 6.

pertinente interposito, actus ille interrumpatur, vitieturque testamentum; hinc facile colligere est, quid judicandum sit de quæstione, quæ vulgo moveri solet, an contractus celebrari inter testandum possint. Nam si contractus est actus extraneus et alienus à testamento, uti revera est; necesse est, actum testandi celebratione contractus interrumpi: veluti si testator, cum jam cœpisset ordinare testamentum, et necdum absolvisset, fundum aut rem aliam Titio vendere aut locare instituat. Non obstat igitur, quod testamento libertum assignare licet, *l.* 1. §. 3. *de assign. libert.* Siquidem assignatio liberti, licet proprie neque legatum sit, neque fideicommissum, *l.* 7. *d. tit.* vim tamen legati habet, dum jus patronatus quod alioqui commune futurum erat, uni in solidum relinquitur. Sic pignoris, *l.* 26. *de pign. act.* ususfructus, §. 1. *sup. de usufr.* servitutum, §. *ult. uspr. de servit. præd.* testamento constitutio, contractus non est.

7 "(*In Hispania* rogatio te-
„stium neque necessaria est in te-
„stamento nuncupativo, neque in
„scripto, quia *ll* 1 et 2. *t.* 8. *l.* 10.
„*N. R.* 1. et 2. *tit.* 4. *lib.* 5. *Recop.*
„quæ illorum solemnitates recen-
„sent, rogationis non meminerunt.
„Vide Gomez in *l.* 3. *Tauri* (quæ
„eadem est cum *d. l.* 2.) *num.* 29.
„cum Matienzo, qui late hanc sen-
„tentiam defendit in *l.* 1. *gloss.* 2.
„*n.* 3. *et gloss.* 8. *t.* 18. *lib.* 10. *N.*
„*R.* 4. *lib.* 5. *R.* Correctæ igitur
„sunt *l.* 1. *tit.* 1. *P.* 6. et aliæ ejus-
„dem Codicis *Partitarum*, quæ ro-
„gationem videntur desiderare."

TEXTUS.

Solemnitas addita à Justiniano.

4 *Sed his omnibus à nostra constitutione propter testamentorum sinceritatem, ut nulla fraus adhibeantur, hoc additum est, ut per manus testatoris vel testium, nomen hæredis exprimatur, et omnia secundum illius constitutionis tenorem procedant.*

COMMENTARIUS.

1 Quod *hic* de suo Justinianus adhibuit, iterum dempsit ac remisit *nov.* 119. *cap.* 9. ut jam summa solemnitatis in testamento scripto requisitæ iterum ad ea redeat, quæ comprehensa sunt §. *præc.* et apertius constitutione Theodosii in *l.* 31. *C. eod.*

2 Ex hac tamen solemnitate aliquid remissum est in quatuor testamentorum generibus. Primo: In testamento parentum inter liberos: siquidem hujusmodi voluntatem etiam ex testamento imperfecto valere placuit, *d. l.* 21. §. 1. *C. hoc tit.* et nuncupata quidem parentis voluntas omnimodo rata est, dum de ea constet, ut de cæteris rebus, id est, saltem duobus testibus: scripto autem declarata, si et tempus testamenti facti, et nomina liberorum, et uncias, et res, quas inter liberos distributas velit, expresserit; idque clare et plenis litteris, non notis aut signis; debetque parens, aut ipse hæc scribere, aut saltem manu sua subscribere, *nov.* 107. unde *au-*

thent. Quod sine *C. eod.* Secundo: In testamentis rusticanorum, quibus permissum quinque testes adhibere, si plures non reperiantur: remissæ item subscriptiones, si litterati desint, *l. ult. C. eod.* Tertio: In testamento quoque tempore pestis facto de solemni numero testium quid remittendum censent Interpretes, quod quidem rationem habet, utique si pestis sit vehemens, et testator ipse eo morbo laboret, Clar. §. *testamentum, quæst.* 56. *num.* 3. At jure nostro hoc tantum remissum hoc casu videtur, ut non necesse sit testes septem simul jungi, junctosque eodem tempore subscribere et signare, *l.* 8. *C. hoc tit.*

3 In universum autem jure canonico, ut ratum sit quodlibet testamentum, sufficit duos testes cum Parocho adhibuisse, *cap. cum esses* 10. ✠ *eod.* Neque enim potest hic canon restringi ad testamenta ad pias causas: quod quidam faciunt propter *cap. relatum* 11. *eod.* Nam in *d. cap. cum esses*, Alexander III. id in omni testamento generaliter constituit, nominatim improbata constitutione juris civilis de septem testibus adhibendis, ut nimis longe recedente ab eo, quod scriptum est: *In ore duorum vel trium testium stat omne verbum.* Et licet nonnulli existiment causam nullam fuisse, cur Pontifex id, quod bene, ut ajunt, ad fraudes hominum avertendas, *l. ult. C. de fideic.* jure civili constitutum fuit, mutaret: tamen constitutionem Pontificiam usus plurium gentium probavit: qui et alias ægre patitur nimis se longe abduci à simplicitate juris naturæ.

4 "In Hispania, si testamentum in scriptis fiat (apud nos *cerrado* dicitur), septem quoque testes cum Tabellione adhibendi sunt, qui omnes et testator supra scripturam debent subscribere: quod si aliqui nescierint, vel testator non potuerit, cæteros loco eorum subscribere necesse est, ita ut octo subscriptiones, et sigillum Tabellionis inveniantur: et aliter testamentum factum neque in judicio, neque extra illud ullam mereatur fidem, *l.* 2. *tit.* 18. *lib.* 10. *Nov. Recop.* (18. *Tauri*). In testamentis tamen rusticanorum, si in loco domicilii testantis reperiri nequeant septem testes, qui scribere sciant, sufficient quinque, *l.* 6. *tit.* 1. *P.* 6. quæ in hoc non videtur correcta per *d. l.* 2. *Nov. Recop.* Vide Lop. in *gloss.* 1. *d. l.* 6. De testamento autem nuncupativo in §. 14. *infr.* loquendi erit locus: ubi et de testamento tempore pestis facto, et de parentum inter liberos dicemus.

TEXTUS.

De annulis signatoriis.

5 *Possunt autem omnes testes et uno annulo signare testamentum: ¿quid enim si septem annuli una sculptura fuerint, secundum quod Papiniano visum est? Sed et alieno quoque annulo licet signare testamentum.*

1 Hujus §. superflua est explicatio.

2 "In Hispania, cum testium signatio non sit necessaria, de annuli signatura disputare, prorsus inutile et supervacuum: quod et ubique hodie fere obtinet."

TEXTUS.

Qui testes esse possunt.

6 *Testes autem adhiberi possunt ii, cum quibus testamenti factio est. Sed neque mulier, neque impubes, neque servus, neque furiosus, neque mutus, neque surdus, neque is, cui bonis interdictum est, neque ii, quos leges jubent improbos intestabilesque esse, possunt in numerum testium adhiberi* (1).

COMMENTARIUS.

1 Non satis est, septem testes ad testamentum adhibitos esse; etiam conditionem cujusque inspici, et non nisi idoneos admitti placuit. Et recte: quippe cum fides testationis non tam firmetur numero testium, quam auctoritate, per *l.* 3. §. 2. et 3. *de testib.* Estque fere tota hæc tractatio de habilitate testium nuncupativo testamento cum scripto seu mystico communis.

2 (*Cum quibus testamenti factio est*). Hæc communis nota est testium habilitatis, si sit cum iis testamenti factio, id est, si hæredes institui aut ex alieno testamento vel sibi, vel alii acquirere possunt. Nam quatenus quis jus habet faciendi testamenti, non recte dixeris esse tibi cum eo testamenti factionem, ut bene recentiores notant. Et proprie item loquitur Imperator, cum dicit: *Cum quibus testamenti factio est*, non qui testamenti factionem habent: siquidem testamenti factio activæ significationis est, ut proprie dicatur testamenti factionem habere, qui faciendi facultatem habet, *l.* 3. *l.* 4. *l.* 18. *l.* 19. *hoc tit.* At qui ipsi testamentum facere non possunt, sed tantum ex testamento capere, cum iis rectius dicitur esse vel haberi testamenti factio, ut in §. 24. *infr. de legat. l.* 31. *l.* 49. §. 1. *de hær. inst.* quam eos habere testamenti factionem. Quanquam hæc verborum proprietas perpetuo non observatur, ut videre est in *l.* 16. *hoc tit.* §. 4. *infr. de hær. qual.* quibus in locis testamenti factionem habere dicuntur etiam illi, qui tantum capere ex testamento possunt. Unde factum, ut docendi gratia, Interpretes testamenti factionem distinxerint in activam et passivam.

3 (*Sed neque mulier, neque impubes etc.*). Enumeratio personarum, quæ varias ob causas in testamento testes esse prohibentur, et quidem simpliciter in testamento cujusvis, licet cum ipsis sit testamenti factio. Ratio cur mulier hic testis non admittatur, cum alias jus dicendi testimonii habeat, *l.* 20. §. 6. *hoc tit. l.* 18. *de testib.*

(1) *L.* 9. *tit.* 1. *P.* 6.

partim ducit originem à jure comitiorum, in quibus olim testamenta fiebant, quorumque nulla cum fœminis erat communio, ut in §. 1. *supra* diximus; partimque statutum est, quia sexus fœmininus non satis sagax creditur ad odorandas fraudes, quæ in condendis testamenti strui solent.

4 Impubes testis non admittitur propter imperfectum animi judicium: quam ob causam nec aliis in negotiis testimonium ejus recipitur, *l.* 19. §. 1. *de testib.* In causa autem testamenti hoc speciale esse existimatur, quod nec pubes factus testimonium pro testamento dicere possit, ad quod impubes adhibitus fuit, cum in aliis causis testimonii dictionem habeat post pubertatem de his, quæ impubes vidit: utique si testetur de iis, quæ verisimiliter ab impuberibus capi possunt, et quæ vidit, cum jam esset pubertati proximus. Servum excludit conditio personæ, quia nullam juris civilis communionem habet, *d. l.* 20. §. 7. quæ ratio etiam peregrinos removet, *l.* 17. §. 1. de *pen.* Furiosus nihil intelligit: cæterum si remissionem habet, poterit eo tempore adhiberi, *d. l.* 20. §. 4. Mutus pro testimonio, quid actum sit, eloqui non potest. Surdus quid dicatur, sensu non percipit: imo nec moneri potest, quid testator acturus sit; plurimumque qui surdus, idem et mutus. Testes autem in dicendo testimonio interrogandi, per *l.* 1. *testam. quem aper.* nec testimoniis, sed testibus credendum, *l.* 3. §. 2. *de testib.* Hinc etiam intelligitur, cur potius, quam surdus, admittatur qui sermonem testatoris non intelligit: nimirum quia hic alia lingua moneri potest, cui rei adhibeatur, et ipse testimonium dicere: singula enim percipere nihil necesse est, *d. l.* 20. §. *pen.* utique cum testamentum per scripturam fit. Nam in nuncupativo hoc locum habere non puto, in quo totum negotium palam explicatur, auribusque et sermoni testium permittitur. De cæco nihil traditum: sed non posse eum adhiberi, dicendum, quoniam testatorem videre non potest, quod in omni testamento requiritur; *l.* 9. *C. eod.* nec signum recognoscere, quod in scripto, *l.* 4. et 7. *testam. quem. aper.* Prodigis notam inurit administrationis bonorum interdictio, fidemque testimonii eorum elevat: atque adeo in toto pene jure civili prodigi pro furiosis, et eadem conditione qua furiosi habentur, *l.* 1. *de curat. fur. l.* 40. *de div. reg. jur.*

5 (*Improbos intestabilesque*). Intestabilis dicitur: *Cui nec testamentum condere licet, nec testimonium alteri dicere; et cui vicissim nemo testimonium dicere tenetur*, *l.* 18. §. 1. *l.* 26. *hoc tit.* uti quisque tenetur civi honesto, si denunciatum sit. Ex senatusconsulto intestabilis est qui ob carmen famosum damnatus est, *d. l.* 18. §. 1. Ex constitutionibus, apostatæ et hæretici, *l.* 3. *C. de apostat. l.* 4. *C. de hæret. et Manichæis.*

6 "In Hispania quilibet notatus infamia testis esse prohibetur in testamento scripto, *l.* 1. *tit.* 2. *P.* 6. *et ibi* Gregor. Lop. *gloss.* 8. quem vide."

TEXTUS.

De servo, qui liber existimabatur.

7 *Sed quum aliquis ex testibus testamenti quidem faciendi tempore liber existimabatur, postea autem servus apparuit, tam Divus Hadrianus Catoni, quam postea Divi Severus, et Antoninus rescripserunt, subvenire se ex sua liberalitate testamento: ut sic habeatur firmum, ac si, ut oportebat, factum esset: quum eo tempore, quo testamentum signaretur, omnium consensu hic testis liberi loco fuerit, neque quisquam esset, qui status ei quæstionem moveret* (1).

COMMENTARIUS.

1 Non tantum numerus testium, sed eorum etiam qualitas et requisita conditio est de forma testamenti substantiali, ut loquuntur, non de forma probatoria duntaxat: adeo ut si vel in uno è testibus hujusmodi qualitas deficiat, testamentum per se nullum sit. Enimvero conditionem testium inspici placuit, cum testamentum signarent: nam si tempore testamenti facti tales omnes fuerint, ut adhiberi possint, nihil nocet, si quid postea eis contigerit, puta si quis postea servus factus sit, aut intestabilis, furere cœperit aut prodigus esse, *l.* 22. §. 1. *et ibi* Cujac. *hoc tit.* (2). ¿Quid ergo si quis adhibitus sit, qui quidem adhiberi prohibetur, sed qui communi opinione pro tali, testamenti tempore habebatur, qui adhiberi potest, puta si servus adhibitus sit, qui omnium opinione liber existimabatur, et cui nemo eo tempore status controversiam movebat? Testamentum nihilominus sponte sua vitiosum et injustum est, nec communis error formam juris publici mutare potest. Cæterum quod per se momentum nullum habet, Imperatores ex humanitate sustineri voluerunt, atque ut Justinianus *hic* loquitur, ex liberalitate sua hujusmodi testamentis subvenerunt, ut perinde firma sint, ac si omnibus suis numeris ac partibus constarent. Ridiculum vero est, quod vulgo ex *hoc loco* colligunt, communem errorem jus facere: non enim error, sed in errore summa Principum auctoritas jus hoc benigne et speciali favore ultimæ voluntatis constituit. Constitutio Hadriani, de qua in *textu*, est in *l.* 1. *C. hoc tit.* Alia vero Severi et Antonini non extat. Quod autem de servo rescriptum est, id non dubito, quin recte producatur ad defectus aliarum quoque qualitatum, quæ in testibus testamentariis requiruntur, si eadem ratio est, puta si impubes adhibitus sit, qui pubes putabatur; mulier virili habitu virum simulans; prodigus, qui tempore conditi testamenti pro sano à plerisque habebatur. Idem enim favor, eademque benignitatis ratio testamentum, quod summo jure inutile, defendunt.

(1) *D. l. 9. tit. 1. P. 6. vers.* Pero.

(2) *D. l. 9. vers.* Pero.

2 (*Omnium concensu*). Eorum scilicet qui in civitate sunt, opinione totius populi, aut certe majoris partis, quia publice liber à plerisque habebatur, sic agebat, sic contrahebat, sic muneribus fungebatur, arg. *l. 3. in pr. de SC. Meced. l. 3. §. 2. de testib.* Quam ob causam, nec illud testamento nociturum, si unus aut alter è testibus sciverit conditionem illius, et tacuerit. Quinimo, et locum huic constitutioni videtur esse, etiamsi plures ejusdem generis non idonei per ignorantiam adhibiti sint, arg. *l. 1. C. hoc tit.* dum ne pauciores quam duo habiles sint et idonei. Latius *hic* exspatiantur DD. dum quærunt, an gesta ab his, qui se pro Scribis aut Notariis gerunt, cum non sint, sed communi errore tales habeantur, et instrumenta ab his facta, valeant. Et sic vulgo distinguitur, ut referat, utrum alicui publica auctoritate hujusmodi persona per errorem imposita sit, an quis ipse sibi privatim eam assumpserit: illo casu valere quod gestum est, per *l. 3. de offic. Præt.* hoc casu acta non valere, et speciale esse, quod in casu *hujus* §. testamento succurritur. Vid. Jason. ad *d. l. 3.* qui de eo disputat accuratissime.

TEXTUS.

De pluribus testibus ex eadem domo.

8 *Pater, necnon is, qui in potestate ejus est: item duo fratres, qui in ejusdem patris potestate sunt, utique testes in uno testamento fieri possunt: quia nihil nocet, ex una domo plures testes alieno negotio adhiberi* (1).

(1) *L. 16. tit. 16. P. 3.*

COMMENTARIUS.

1 *Hic locus* sumptus est ex *l. 17. de testib.* Et nota patrem et filium, et item duos fratres, qui in ejusdem patris potestate sunt, in alienis negotiis (non enim in testamento duntaxat hoc obtinet, *d. l. 17. de testib.*) diversarum personarum numero haberi.

TEXTUS.

De his, qui sunt in familia testatoris.

9 *In testibus autem non debet esse is, qui in potestate testatoris est. Sed si filiusfamilias de castrensi peculio post missionem faciat testamentum, nec pater ejus recte adhibetur testis, nec is, qui in potestate ejusdem patris est: reprobatum est enim in ea re domesticum testimonium.*

COMMENTARIUS.

1 Hactenus de personis, quarum ea est inhabilitas, ut nullius in testamento testes adhiberi possint: sunt etiam quædam, quæ cum per se habiles sint, et recte adhibeantur, non tamen recte adhibentur in testamentis omnium, idque ob causam ali-

quam privatam, quæ eas inhabiles faciat: itaque inhabilitas testium altera universalis seu absoluta est, particularis seu respectiva vel privata altera. Causa hujus particularis inhabilitatis duplex: conjunctio testis et testatoris per potestatem: item negotium testamenti ad eum, qui testis adhibetur, pertinens. Prima *hoc* §. altera *seq.* explicatur.

2 (*Qui in potestate testatoris est*). Igitur nec filius testatoris, nec nepos ejus ex filio, qui in potestate sit, nec is, quem testator ab hostibus redemerit, testes esse possunt, *l.* 20. *in fin. pr. et* §. 1. *hoc tit.* Ratio prohibitionis non alia est, quam jus potestatis, quod fictionem quandam unitatis personarum inducit inter eum, qui habet in potestate, et qui in potestate habetur, §. 4. *infr. de inut. stip.* Quo fit, ut si alteri alter testimonium dicat, sibi quodammodo dicere videatur, quod subtilitas juris non patitur. Ait, *qui in potestate.* Igitur à contrario, qui in potestate testatoris non est, puta filius emancipatus, recte testis adhibetur, et pater vicissim in testamento illius; neque enim credendum est, verba illa frustra *hic*, et in *d. l.* 20. expressa esse. Præterea cessat in emancipato ratio prohibitionis, vinculum scilicet unitatis, quod per emancipationem solvitur.

3 (*Sed si filiusfam. post missionem*). Filiusfam. testamentum facere non potest, præterquam si testetur de castrensi aut quasi castrensi peculio, *infr. tit.* 12. ac proinde eo solo casu quæstio hæc locum habere potest, an pater ad testamentum ejus testis adhiberi possit. Sic autem *hoc loco* distingui videtur, ut si filiusfamilias militans adhuc testamentum faciat de rebus castrensibus, pater recte testis adhibeatur: si post missionem, non æque. Cæterum quoad priorem causam, amplius adhuc distinguendum existimo, utrum scilicet militans adhuc testamentum faciat, jure militari in castris aut expeditione, an extra castra jure communi: ut in illo demum casu pater recte adhibeatur (1), propter liberrimam, quæ militibus data est, in castris testandi facultatem; hoc autem casu non magis quam si testetur post missionem, cum jure communi, et eadem observatione, qua pagani, testari debeant, *pr.* et §. 3. *tit. seq.* et verba illa: *Post missionem*, non ideo *hic* adjecta esse, quia ante missionem filius testamentum faciens semper patrem adhibere possit; sed quia post missionem nunquam. Sed hic nobis occurritur exemplo emancipati, ad cujus tabulas patrem posse testem adhiberi diximus, non alia ratione, quam quia emancipatus non est in potestate. At in eo, de quo quærimus, nec filiusfam. in potestate est: quippe qui in castrensi peculio vice patrisfamil. fungitur, *l.* 2. *de SC. Maced.* Huic objectioni ita fere responderi solet, multum interesse, utrum quis revera et sine exceptione sit

(1) *L.* 14. *tit.* 16. *P.* 3.

paterfam. et patri suo extraneus, qualis est filius emancipatus; an quis in re aliqua pro patrefam. habeatur, manens revera in potestate, et domesticus patri suo, qualis est, qui peculium castrense habet. Etenim peculii hujus concessionem non eximere filium de domo et potestate patris, §. 4. *sup. quib. mod. jus pat. pot. solv.* et consequenter non efficere, ut una persona cum patre censeri desinat: tantum liberam filiofam. de his rebus disponendi facultatem tribuere, et hæredem etiam in his instituendi, in quo patrifamil. comparetur. Cæterum, ut ipse pater propter vinculum unitatis, quod retinetur, hunc filium ad suum testamentum adhibere non potest, ita nec illius tabulis patrem adhiberi posse.

4 Equidem fateor, hæc ita pro Justiniano, et si qui veterum fuere, quos ille secutus est, speciose disputari: video tamen aliud placuisse Marcello, cujus auctoritatem etiam Ulpianus secutus est in *l.* 20. §. 2. *hoc tit.* Ita enim scribit: *Per contrarium quæri potest, an pater ejus, qui de castrensi peculio potest testari, adhiberi ab eo ad testamentum testis possit. Et Marcellus lib.* 10. *Digestorum scribit, posse: et frater ergo poterit.* Contraria omnino sententia, et directo pugnans cum eo, quod *hoc loco* tradit Imperator, ut bene animadvertit D. Hotomanus. Et fortasse motus fuit Marcellus ea, quam dixi, ratione: quia placuit, filiumfam. in peculio castrensi pro patrefam. haberi, quasi ob id etiam diversam à patre personam in causa istius peculii sustinere debeat: id enim receptum est, cum de acquirendo ex causa hujus peculii agitur, in quo fere solo alioquin fictio illa, quod pater et filius pro una persona habeantur, locum habet.

5 Tentari etiam potest cum Galtier *hic*, verba hæc: *Post missionem*, consulto fuisse adjecta à Justiniano *hoc nostro* §. ut significaret duntaxat prohibitum esse testimonium patris in testamento filiifamil. de castrensi peculio testantis, quando filius non jam miles, sed veteranus seu militia missus testatur: non vero dum testamentum conditur à filiofam. adhuc milite: quo casu patris testimonium ex privilegio militiæ permitti censet, hancque esse sententiam, *d. l.* 20. §. 2. *hoc tit.* Sane solius militiæ causa fuisse privilegia concessa in testamentorum ordinatione, sat probare videntur quæ tradimus in *calce* §. 1. *de in offic. testam. vers. Quæ de querela.*

6 In judiciis nulli parentes et liberi invicem idonei testes, *l.* 9. *de testib. l.* 6. *C. eod.* suspecti omnes, quibus quovis modo imperari potest, *l.* 5. *eod.* qualis est etiam libertus in domo patroni degens: item qui mercede conducuntur, ut famuli et coloni in villis, aut id genus alii, qui domi famulantur (1). In his enim causis domestica testimonia interpretamur testimonia personarum domesticarum, hoc est, eorum o-

(1) *L.* 18. *tit.* 16. *P.* 3.

mnium, qui de domo heri, qui in eos imperium habet, producuntur, *l. pen. de testib.* in testamentis vero eos duntaxat, qui vinculo patriæ potestatis eadem censentur persona. Discriminis ratio hæc est, quod in cæteris causis agitur de commodo pecuniario ejus, cui testimonium dicitur, ut merito in his testes omnes rejiciantur, quos vel affectione, vel reverentia aut obsequio veritatem celaturos suspicio est; in testamento autem non de commodo testatoris, sed hæredis agitur, ut non tam illi, quam huic testimonium testes perhibeant.

7 "In Hispania *l.* 14. *tit.* 16. „P. 3. prohibens generaliter parentes et liberos sibi invicem „testimonium dicere, etiam in „testamentis locum habet, arg. „*vers.* Otrosí *ejusdem legis* speciatim de testamento loquentis. „Et cum apud nos nulla fere sit „differentia inter liberos emancipatos et non emancipatos, ut in „§. 2. *de hær. qual. et dif.* videbimus: prohibitio vigebit etiam „si filius emancipatus fuerit. Nec „mirum, cum in Hispania tam filii emancipati, quam in potestate retenti instituendi vel exhæredandi sint. Vide quæ dicimus in §§. 5. et 7. *infr. de exhæred. liber.*"

TEXTUS.

De hærede, et his qui sunt in ejus familia.

10 *Sed neque hæres scriptus, neque is, qui in ejus potestate est, neque pater ejus, qui eum habet in potestate, neque fratres, qui in ejusdem patris potestate sunt, testes adhiberi possunt: quia hoc totum negotium, quod agitur testamenti ordinandi gratia, creditur hodie inter testatorem et hæredem agi. Licet autem totum jus tale conturbatum fuerat, et veteres quidem familiæ emptorem, et eos, qui per potestatem ei conjuncti fuerant, à testamentariis testimoniis repellebant: hæredi autem et iis, qui per potestatem ei conjuncti fuerant, concedebant testimonia in testamentis præstare: licet ii, qui id permittebant, hoc jure minime abuti eos debere suadebant: tamen nos eandem observationem corrigentes, et quod ab illis suasum est, in legis necessitatem transferentes, ad imitationem pristini familiæ emptoris, merito nec hæredi, qui imaginem vetustissimi familiæ emptoris obtinet; neque aliis personis, quæ ei (ut dictum est) conjunctæ sunt, licentiam concedimus sibi quodammodo testimonia præstare: ideoque nec ejusmodi veteres constitutiones nostro Codici inseri permissimus.*

COMMENTARIUS.

5 Causa privativa altera, quæ testem inhabilem facit, est negotium testamenti, quod cum teste agitur. Negotium testamenti dicitur: *Id, cujus præcipue causa testamentum ordinatur*, nimirum institutio hæredis sive universi juris successoris. Nemo igitur testis adhiberi potest in eo testamento, in quo hæres scri-

ptus est: quod ideo placuit, quia in testamento negotium hæredis recta et principaliter agitur, ut is solus sit juris successor. Hærede autem summoto consequens fuit, ut una removeretur qui in potestate ejus est, et pater quoque, qui eum habet in potestate, et denique frater, qui cum eo in ejusdem patris potestate est, propter vinculum illud unitatis, de quo dictum §. *præced.*

2 (*Veteres familiæ emptorem repellebant: hæredi autem concedebant*). Hoc referendum ad ea tempora, in quibus familiæ emptor alius erat ab hærede: de quo vide quæ diximus *supra* §. 1. *hoc titul.*

3 (*Neque aliis personis, quæ ei, ut dictum est, conjunctæ*). Scilicet per potestatem, quod antea expressit: ea enim sola conjunctio efficit, ut omnes ita conjuncti pro una persona habeantur, atque ut sibi quodammodo, quod ait, testimonium præstent. Ex contrario igitur etiam hic recte colligas, eos, qui in potestate hæredis non sunt, utputa liberos emancipatos, item patrem hæredis, in cujus potestate non est, et fratres ejus, ad testimonium in proposito admitti posse. Fatendum tamen est, esse aliquid in personis hæredi sanguine sic conjunctis, ob quod videri possint ad testimonium non admittendæ, quod non sit in iis, qui testatori naturaliter conjunguntur, propterea quod ut dictum §. *præced.* non de testatoris, sed hæredis commodo hic agatur, ut quamvis non testatoris, hæredis tamen parentes aut liberi suspicione graventur.

4 Verum in contrarium considerandum est, ignorari plerumque, quis hæres scriptus sit, idque non tantum cum signatur testamentum, sed etiam cum testes jubentur signa sua recognoscere, quod fit ante aperturam tabularum, *l.* 4. *testam. quem. aper.* Sed etsi sciatur, quis hæres scriptus sit, aut si palam hæres nuncupatus, non putarem tamen statim testamento obesse debere, quod dicantur inter testes adhibiti parens aut filius aut frater hæredis (dempta conjunctione per potestatem.). Nam primo si quam suspicionem necessitudo inducit, ea facile reliquo testium numero deletur. Deinde etsi negotium hæredis in testamento agitur, is tamen non est onerandus, quia ipse testes initio ad hoc non adhibuit, sed testator: neque aliis testibus postea ad probandam testatoris voluntatem uti potest, quam iis ipsis, qui adhibiti sunt, cum testamentum ordinaretur.

5 "In Hispania omnes hære„dis descendentes et consangui„nei intra quartum gradum te„stes esse prohibentur, *l.* 11. „*tit.* 1. *P.* 6."

TEXTUS.

De legatariis et fideicommissariis, et his qui sunt in eorum familia.

11 *Legatariis autem, et fideicommissariis, quia non juris*

successores sunt, et aliis personis eis conjunctis testimonium non denegamus: imo in quadam nostra constitutione et hoc specialiter eis concessimus. Et multo magis iis, qui in eorum potestate sunt, vel qui eos habent in potestate, hujusmodi licentiam damus (1).

COMMENTARIUS.

1 Legatum aut fideicommissum testamento alicui relictum eum testem inhabilem in eo testamento non facit: sed placuit legatarios et fideicommissarios testes in testamento adhiberi posse, *l.* 20. *in pr. hoc tit.*

2 (*Quia non sunt juris successores*). Sed esto, ne sint legatarii juris successores: legata ad constitutionem testamenti non pertineant: et hactenus dicatur negotium testamenti ad legatarios non pertinere; fatendum tamen utique est saltem aliquo modo etiam de re legatarii in testamento agi: quippe qui emolumenti ex testamento percipiendi speciem habet, cujusque propterea pecuniariter interest, testamentum confirmari, ne relictum concidat, *l.* 14. *C. de fideicom.* Hoc ipsum vero satis causæ est ad arcendos à testimonio legatarios. Nam etsi non principaliter et recta in rem suam testimonia ferant, sed hæredis; per consequentiam tamen confirmati testamenti et hæreditatis aditæ, hoc etiam ad ipsorum commodum pertinet: ac proinde quod nemini concessum est, *l.* 10. *de testib. et C. eod. l.* 10. in re et causa propria nihilominus testimonium dicunt: siquidem palam est, causam propriam esse eam, cujus emolumentum aut damnum ad aliquem suo nomine pertineat, *l.* 1. §. 11. *quand. appell.* Quamobrem etsi ratio Justiniani hoc efficit, ut magis hæres repellendus sit, quam legatarius; tamen non satis idonea videtur, ut propter eam legatarius debeat admitti. Et vero ita est: nec dubitandum, quin certiore aliqua et speciali ratione hoc jus receptum fuerit; quamvis nulla præter hanc Justiniani in libris nostris aperte tradita inveniatur. Interpretes complures afferunt, quarum hæ sunt præcipuæ.

3 Prima est: quod numerus reliquorum testium, et cæterarum rerum diligentissima observatio testimonium legatarii ab omni falsi suspicione tuetur; neque tam ob testimonium legatarii, quam ob reliquorum, ad quos ea res non pertinet, legatum sustineatur. Secunda est: quod veteres suprema ordinaturi amicis fere signatoribus utebantur, quibus amoris testificandi gratia nihil relinqui posse, durum sane atque inhumanum esset. In quam rem elegans locus est Symmachi *lib.* 10. *epist.* 55. *¿Quis*, inquit, *non familiarissimum quemque signandis adhibet, cum extrema conduntur? ¿Jam quid mirum est, si in oculis positus mereatur aliquod monumentum religionis, qui meruit advoca-*

(1) *D. l.* 11. *tit.* 1. *P.* 6.

ri? Porro ita disputat, ut si his legibus viveremus, ut tenuis honor, quo subscriptores ob amicitiam defunctus adspergit, legitimum posset abolere judicium, inimicis signatoribus tutius uteremur: inanemque appellat calumniam, et rem post humanam memoriam inauditam, objectionem Bassiani cujusdam, qui hoc jus in dubium vocabat, facit, *l.* 39. §. 1. *de legat.* 3.

4 Atque his ego rationibus adducor, ut credam, hoc jus non tantum in testamentis scriptis servandum esse, verum etiam in nuncupativis: licet dissentiant Duar. *tit. qui testam. fac.* et Anton. Fab. *dec.* 66. *err.* 1. *et seqq.* Et quidem in testamento nuncupativo, quod uti nunc mos est, per Notarium in scripturam redigitur, ea res minorem dubitationem videtur habere: quia privatum legatarii testimonium publicæ personæ juvatur fide. Sed in mera simplicique nuncupatione causa est, cur dubites, cum hic testes recta tam de legato, quam de jure hæredis deponant: nullaque alia re testimonium juvetur, ut videri possit, perinde id habendum esse, ac si quis sibi aliquid in testamento adscribat, quod senatusconsulto prohibitum est, *l.* 14. *in pr. ad leg. Corn. de fal.* Et tamen magis est, ut hic quoque testimonium legatarii admittatur, cum cæterorum testium fides suspicionem tollat, legataque ac fideicommissa etiam codicillis relinqui possint, in quibus constat quinque testes sufficere: utut mutuà hic futura sint testimonia: quanquam haud gravate admiserim, nonnihil hic tribuendum religioni judicantium.

5 Singularis est opinio Anton. Fabri *d. decad. err.* 3. qui putat *nov.* 1. *cap.* 1. in totum ab hoc jure recessum esse, ut hodie nec in scripto testamento testimonia legatariorum et fideicommissariorum admittenda sint: quoniam Justinianus *eo loco* caverit contra veteris juris regulam, ut si scripti hæredes hæreditatem adire recusarent, ipsis legatariis et fideicommissariis potestas adeundi esset: unde colligit, jus testimonii dicendi nunc iis plane denegandum esse, locumque in iis nunc etiam habere rationem prohibitionis: *Quia juris successores fieri possunt.* Ego vero malim dicere hoc curandum non esse, quia ex accidenti est: *Casus adventitii*, inquit Scævola, *non sunt computandi, l.* 6. *qui et à quib. man.*

6 Plane *locus hic* accipiendus est de fideicommissariis particularibus: nam universalis fideicommissarius, id est, cui ex fideicommisso restituitur hæreditas, loco hæredis est, et post senatusconsultum pro successore juris habetur, §. 3. *et* 4. *infr. de fideic. hæred.*

TEXTUS.

De materia, in qua testamenta scribuntur.

12 *Nihil autem interest, testamentum in tabulis, aut char-*

tis membranisve, vel in alia materia fiat (1).

COMMENTARIUS.

1 Antiqui fere in tabulis ligneis testamenta et quaslibet cautiones scribere solebant. Ex quo est, quod Prætores in edictis suis de testamenti tabulis tantummodo loquuntur, et quod bonorum possessio, quæ liberis præteritis datur, vulgo dicitur dari contra lignum, *l.* 19. *de bonor. posses. contra tab.* et inde Juvenalis *satyr.* 13. *et* 16. adulterinas et mendaces cautionum tabulas appellat *vana chirographa ligni.* Tabulæ autem illæ cera illitæ erant, litterasque stylo primum ferreo, postea osseo in iis exarabant: unde factum, ut etiam cera pro tabulis diceretur. Sueton. in *Jul. cap.* 83. *Quintum Pædium ex quadrante hæredem instituit: reliquos in ima cera.* Juvenalis *satyr.* 15. *Accipe ceram, scribe puer*, id est, accipe tabellas ceratas, aut ceratos pugillares: eoque nihil apud hunc poëtam usitatius. Cæterum etiam alia materia usos fuisse constat, veluti chartis, membranis, sive pergamenis, foliis et libris quarundam arborum, *l.* 52. *de legat.* 3. add. Plin. *lib.* 13. *cap.* 11. et 12. Litteris autem, iisque usitatis et legibilibus scribendum esse testamentum placuit, non signis obscurisve notis, *l.* 6. §. *ult. de bon. poss.* Utique tamen si per notas usitatas, quibus scilicet utimur in designanda quantitate, portio hæreditaria aut summa legati expressa fuerit, institutio aut legatum non vitiabitur, *l.* 9. §. 4. *de hær. inst.*

2 "In Hispania *legi* 12. *tit.* 1. "*P.* 6. quam in probationem *hujus* "*text.* laudamus, consona est *lex* "2. *tit.* 24. *lib.* 10. *Nov. Recop.* "§. 3. *num.* 22. quatenus permit- "tit testamenta scribi in papyro "communi seu ordinaria. Cæte- "rum jubet *ead. l.* 245 ut post- "quam hujusmodi testamenta fue- "rint aperta, transcribantur in "papyro munita quarto sigillo "(*papel del sello cuarto*) per No- "tarium, ab eoque apographum "seu copia, ut nunc loquuntur, "cum attestatione protocolo ori- "ginali interseratur."

TEXTUS.

De pluribus codicibus.

13 *Sed et unum testamentum pluribus codicibus conficere quis potest, secundum obtinentem tamen observationem omnibus factis: quod interdum etiam necessarium est; veluti si quis navigaturus, et secum ferre, et domi relinquere judiciorum suorum contestationem velit: vel propter alias innumerabiles causas, quæ humanis necessitatibus imminent* (2).

COMMENTARIUS.

1 (*Pluribus codicibus*). Id est, pluribus exemplaribus, *l.* 24. *hoc*

(1) *L.* 12. *tit.* 1. *P.* 6.

(2) *D. l.* 12. *tit.* 1. *P.* 6.

tit. Si quis in duobus codicibus simul signatis alios, atque alios hæredes scripserit, et utrumque extet, ex utroque quasi ex uno competit bonorum possessio: quia pro unis tabulis habetur, et utrumque pro supremo *l. 1. §. 6. sec. tab.* ¿Quid vero juris erit, si ex binis tabulis ejusdem testamenti unam testator deleverit aut inciderit? Responsum est, ex integris hæreditatem adiri, aut bonorum possessionem peti posse; nisi hi qui ab intestato venire desiderant, probaverint, hoc animo à testatore incisas, ut intestatus moreretur, *l. ult. de his quæ in test. del.* ¿Quid si eidem diversa summa legata sit, puta in alteris aurei quinquaginta, in alteris centum? Proculus respondit hæredi parcendum esse, et tantum quinquaginta deberi, *l. 47. de legat. 2.*

TEXTUS.

De testamento nuncupativo.

14 *Sed hæc quidem de testamentis, quæ scriptis conficiuntur, sufficiunt: si quis autem sine scriptis voluerit ordinare jure civili testamentum, septem testibus adhibitis, et sua voluntate coram eis nuncupata, sciat, hoc perfectissimum testamentum jure civili, firmumque constitutum.*

COMMENTARIUS.

1 *Hoc* §. breviter comprehensa est forma testandi sine scriptura sive per nuncupationem: quæ testandi ratio tota est à jure civili: nam prætorii testamenti præcipua solemnitas consistit in obsignatione testium, cui sine tabulis locus esse non potest. Cæterum Prætor ut custos juris civilis etiam secundum nuncupationem bonorum possessionem dat, *l. 8. §. ult. sec. tab.*

2 (*Septem testibus adhibitis*). Testamento nuncupativo quædam communia sunt cum scripto, veluti numerus testium eorumque conditio, testationis unus contextus, et testium rogatio seu admonitio, *l. 21. §. pen. hoc tit.*

3 (*Ex sua voluntate nuncupata*). In hoc maxime distat testamentum, quod sine scriptura fit, à testamento scripto: nam scripturam testamenti potest testator, si ita illi videbitur, clausam coram testibus proferre, testarique, suum hoc esse testamentum, celato nomine hæredis; quam ob causam hoc testamentum *mysticum* dictum. Nuncupare hæredem, est lingua et verbis pronunciare: unde, nuncupare hæredem et hæredem pronunciare pro eodem usurpantur, *l. 25. hoc tit.* Palam autem voluntas hic nuncupanda est: non utique publice aut in propatulo, quod particula *palam* aliquando significat; sed clare et intelligenter sic, ut à testibus exaudiri et intelligi possit, *d. l. 21. in pr. hoc tit. l. 21. §. 2. C. eod.* ita Suetonius in vita Horatii: *Decessit hærede Augusto palam nuncupato, cum urgente vi valetudinis non sufficeret ad obsignandas testamenti tabulas.* Proinde, quod in testamento scripto neces-

sarium non est; *l.* 20. §. *pen. hoc tit.* in nuncupativo omnino necessarium putamus; ut testes intelligentiam habeant sermonis testatoris, quo etiam facit, *l.* 209. *de verb. sign.* Fuit quidem etiam in scriptis testamentis usurpata nuncupatio: sed in his significat generalem illam testationem voluntatis, cum testator tabulas testamenti tenens apud eos, qui ut testes essent, rogati erant, testabatur, id suum testamentum esse, non nuncupationem hæredis, Ulp. *tit.* 20. §. 8.

4 (*Perfectissimum*). Respectu scilicet effectus, quem non minorem habet quam testamentum scriptum, quod alioqui ratione solemnitatis perfectius est. Etsi autem ratio testandi per nuncupationem longe expeditior est, quam per scripturam: tamen testamenta nuncupativa minus usitata veteribus fuisse, quam scripta, argumento est, quod passim tabularum testamenti et hæredum scriptorum in libris nostris mentio fit: raro nuncupationis. Cujus ego rei duplicem esse causam reor; tum quod in testamento scripto necesse non est pandere ea, quæ scripta sunt, quæ celari sæpe interest, et ipsius testatoris et hæredum cæterorumque, quibus aliquid relinquitur; quam utilitatem testamentum nuncupativum non habet: tum quia scripti testamenti fides subscriptionibus et signis testium confirmatur; ex quo fit, ut etiam si testes decesserint, ratum nihilominus illud maneat: nuncupativi autem testamenti fides tota pendet à depositione testium, quibus mortuis aut aliquibus eorum, cum non sint, aut pauciores sint, quam requiruntur, qui sisti iterum possint, et in judicio testimonium dicere, necesse est irritam fieri defuncti voluntatem. Sed huic incommodo postea occursum est adhibito Tabulario, qui voluntatem coram testibus nuncupatam acciperet, ac rem gestam scripturæ suæ auctoritate confirmaret: cujusmodi scripturæ et instrumenta Tabellionum sola per se citra novum testium adminiculum vim probandæ ultimæ voluntatis habent. Dum autem ita fit, solius probationis gratia scriptura intervenit, non quod sit de substantia testamenti: quanquam non negaverim, habere hoc genus testamenti nonnihil, quod naturam scripti testamenti sapiat. Notarius vero, qui scripturam conficit, testatorem nosse debet: sin minus ipsi testes, quos id quoque testificari oportet. Voluntas voce nuncupata à Notario scripto comprehendi solet, et in protocolum referri.

5 Quæsitum est, an testamentum juxta alicujus loci consuetudinem aut statutum factum etiam vim habeat extra illum locum, exempli gratia, testator ibi testamentum fecit, ubi coram tribus testibus et Notario testari licet, quæritur, an valeat etiam in iis locis, ubi septem testes requiruntur. Et valere respondendum est, quoniam actuum solemnia ad eorum spectant jurisdictionem, in quorum territorio celebrantur, per *l. 6. de evict. l. 3. in fin. de testib. l. 2. C. quemad. test. aper.*

et alias contra rationem juris testato decedere volenti plura testamenta essent condenda, aut quod absurdum est, plurium locorum consuetudines in uno testamento exquirere oporteret, actumque unum atque individuum, qualis est testamenti, secundum diversa loca dijudicari, Gomez in *l.* 3. *Tauri num.* 20. Peck. *de test. conjug. lib.* 4. *cap.* 28. *in fin.* Plane si lex expresse testatores sequi jubeat jus loci, in quo bona sita sunt, aliud dicendum est.

6 "In Hispania, si testamen- „tum nuncupativum (*abierto* nos „dicimus) fiat adhibito Tabellio- „ne, tres testes sufficiunt, qui „vicini seu incolæ sint loci illius, „in quo testamentum fit: si vero „sine Tabellione condatur, quin- „que similiter vicini necessarii „sunt. Quod si in laudato loco „neque Tabellio, neque testes „quinque inveniri potuerint, tres „duntaxat, qui tamen sint vicini, „sat erunt. Et denique si coram „septem ordinetur testibus, va- „lidum erit, quamvis vicini non „sint, neque Tabellio adhibeatur, „dummodo cætera, quæ jus re- „quirit, concurrant, *l.* 1. *tit.* 18. „*lib.* 10. *Nov. Recop.* Antonius á „Torres in §. 10. *Instit. hoc tit.* et „Gomez in *l.* 3. *Tauri n.* 47. vo- „lunt, hujusmodi testamentum es- „se validum, si præsentibus tri- „bus testibus sit factum, etiamsi „Tabellio, qui in loco haberi pot- „erat, non intervenerit, ea nixi „ratione, quod testes parem vim „obtineant ac instrumenta, et pro- „bationes non sint restringendæ, „sed ampliandæ maxime in testa- „mentis, per *l. in exercendis* 15. *C.* „*de fide instrum.* cum *simil.* Hanc „tamen sententiam haud videntur „admittere verba illa *d. l.* 11. *I si* „*no pudieren ser avidos cinco tes-* „*tigos, ni Escrivano en dicho lu-* „*gar*, quæ manifeste conditio- „nem important. Et insuper ea „admissa omnino superfluus, imo „et captiosus foret primus casus „*ejusdem legis* 1. in quo tres te- „stes cum Tabellione requirun- „tur, si hic nunquam necessarius „esset. Adhæc, sibi imputare de- „bet testator, qui Tabellionem „cum adhibere potuit, non ad- „hibuit, tribus solummodo testi- „bus contentus.

7 „Neque placet ratio, qua „summus Covarruv. *cap.* 10. *de* „*testam. num.* 3. probare inten- „dit, sat esse testamentum nuncu- „pativum fieri coram Tabellione „et duobus testibus, si in eo lo- „co plures facillime haberi non „possint: quia nempe Tabellio „supplere poterit defectum illius „testis, qui deest, et præterea „publicam auctoritatem habebit; „cum ex *d. l.* 1. duorum testium „numerum suppleat. Licet enim „juxta legis sententiam vere Ta- „bellio suppleat numerum duo- „rum testium, quatenus scilicet „idem præstant tres testes cum „Tabellione, ac quinque sine eo: „inauditum tamen est Tabellio- „nem simul duabus repræsenta- „tionibus potiri, testis nimirum, „et personæ publicæ. Deinde ipsa „lex ut minimum tres testes de- „siderat, cum Tabellio intervenit, „ibi: *Tres testigos á lo menos.* Sa- „ne si Tabellio vicinus fuerit il-

„lius loci, uti et duo alii testes, „horumque major copia non inveniretur, non putarem, testamentum corruere, officio testis „fungente Tabellione. Bene vero „monet, et probat laudatus Gomez in *d. l. 3. n.* 56. 60. *et* 61. „eandem solemnitatem requiri in „nostra Hispania in testamentis „parentum inter liberos, quam in „testamentis extraneorum, sive „in scriptis condantur, sive nuncupative; uti et in testamentis „quæ tempore pestis fiunt, *ibid.* „*n.* 48. De solemnitate in testamento cæci adhibenda agemus „infra in §. 4. *quib. non est perm.* „*fac. test.*"

TITULUS UNDECIMUS.

DE MILITARI TESTAMENTO.

D. Lib. 29. *Tit.* 1. *Cod. Lib.* 6. *Tit.* 21. (1).

1 Diximus sub *rubrica præcedentis tituli*, duo esse testamentorum genera: unum commune omnium civium, quod *paganicum* dicitur; alterum militum proprium, quod ideo appellatur *militare*. Hactenus quæ tradita sunt de ordinandis testamentis, ea solum pertinent ad testamenta paganorum: militaria, de quibus porro nunc agitur, legibus istis soluta sunt. Militaria autem testamenta *hic* non accipimus omnia, quæ facta sunt à militantibus, id est, iis qui in numero relati sacramento tenentur: sed quæ facta sunt jure militari. Possunt enim milites jure communi testari, *l.* 3. *hoc tit.* imo debent, cum extra castra versantur: sed cum in expeditionibus occupati sunt, proprio jure et privilegiario testandi facultatem habent, neglectis legibus omnibus, quæ ad solemnitatem condendorum testamentorum pertinent. Itaque testamentum militis sive militare in causa proposita id solum intelligitur: *Quod à milite factum est in expeditione jure militum proprio.*

TEXTUS.

In militari testamento solemnitates remissæ.

Supradicta diligens observatio in ordinandis testamentis, militibus propter nimiam imperitiam eorum constitutionibus principalibus remissa est. Nam quamvis ii neque legitimum numerum testium adhibuerint, neque aliam testamentorum solemnitatem observaverint, recte nihilominus

(1) *L.* 4. *tit.* 1. *P.* 6.

testantur, videlicet cum in expeditionibus occupati sunt: quod merito nostra constitutio introduxit. Quoquo enim modo voluntas ejus suprema inveniatur, sive scriptura, sive sine scriptura, valet testamentum ex voluntate ejus. Illis autem temporibus, per quæ citra expeditionum necessitatem in aliis locis, vel suis ædibus degunt, minime ad vindicandum tale privilegium adjuvantur: sed testari quidem, etsi filiifamiliarum sint, propter militiam conceduntur: jure tamen communi eadem observatione et in eorum testamentis adhibenda, quam in testamentis paganorum proxime exposuimus.

COMMENTARIUS.

1 (*Propter imperitiam eorum*). Causa beneficii testandi jure militari his verbis ostenditur, cujusmodi etiam mandatis inserta est eo capite, quod extat in *l.* 1. *hoc tit.* et rescripto Antonini in *l.* 3. *C. eod.* quibus locis hoc beneficium concessum traditur propter eorum simplicitatem: hoc enim est propter imperitiam. At non est hæc ratio adæquata, neque simplicitas militaris, aut sola est hujus privilegii causa aut principalis: alioqui enim et fœminis et rusticanis idem privilegium concedi oportuisset, et militibus concedi sine exceptione temporis aut loci; et cum proculdubio multi etiam legum et juris periti stipendia fecerint, hoc excipi. Deinde etiam extra castra et tempus expeditionis privilegio uti possent, quod eis *hoc eodem textu* denegatur. Principalis ergo causa est, quam Ulpian. expressit *l. unic. de bon. poss. ex test. milit.* laborum et periculorum functio, cum in expeditionibus et castris sunt; quo tempore armorum cogitatio, pericula imminentia, et sese continendi necessitas, omnem aliam de jure cogitationem adimit. Et ideo nec militibus alio loco aut tempore suo jure testari licet; et aliis quibusvis, quamvis non mereant, in hujusmodi periculis, et hostico aut procinctu deprehensis, si ibi decedant, jure militari, quoquo modo velint, quoquo modo possint, testari permissum, *d. l. un. l. ult. hoc tit.* Si autem quæras qua ratione hoc testamentum *militare* appelletur, cum fieri possit à quocumque etiam non milite, qui in his periculis inveniatur, adeo ut propter ea potius, quam propter militiam concessum privilegium videatur, duplicem assignabimus. I. quia regulare est ut milites sint, qui hujusmodi subjiciuntur periculis. II. quia, ut patet ex legibus, quas modo laudavimus, testamenta non militum ita testantium, non aliter valeant, quam si in ipso procinctu decesserint: militum vero dum militaverint, et post missionem intra annum, §. 3. *infra hoc tit.*

2 (*Constitutionibus principalibus*). Primus Julius Cæsar, ut auctor est Ulpian. *l.* 1. *hoc tit.* liberam militibus testamenti factionem concessit, cæterum eam concessionem ait fuisse temporalem: postea vero primum Titum, et

post hunc Domitianum eamdem libertatem iterum dedisse : ac demum plenissimam indulgentiam in milites collatam à Nerva, et qui cum secutus est, Trajano: exinde hoc perpetuo privilegio milites usos: ut quoquo modo testati essent, rata esset eorum voluntas.

3 (*Neque aliam testamentorum solemnitatem observaverint*). Quæcunque igitur subtilitatem magis, quam naturalem rationem habent, ea omnia militibus remissa sunt, ut in universum recte definit Duar. *cap.* 4. *ad hunc tit.* et in progressu apparebit.

4 (*In expeditionibus*). Expeditio dicta, quod milites sint expediti ad confligendum cum hoste, quandocunque casus ingruat. Itaque expeditio non est conflictus ipse, neque etiam tempus belli, sed: *Totum illud tempus, quo milites in armis procedunt, aut sunt adversus hostem, sive eum persequantur; sive eum imminentem spectent, intenti ad opportunitatem rei gerendæ*, vel ut invadant, vel ut invadentem sustineant ac propulsent. Cassiodorus 1. *var.* 17. *Hanc merito expeditionem nominavere majores, quia mens devota prœliis, non debet aliis cogitationibus occupari.* Præsidia, hiberna, cæteraque loca in quibus militem extra castra commorari necesse est, sedes appellantur. Veget. *lib.* 3. *de re milit. cap.* 4. *et ult.* Sallust. in *Jugurt. cap.* 37. *Milites mense Januario ex hibernis in expeditionem evocat.*

5 (*Paganorum*). Pagani proprie dicti rustici, villam seu vicani. *Hic* autem et passim *in libris nostris* opponuntur militibus, eoque nomine significantur omnes, qui milites non sunt. A Scriptoribus Ecclesiasticis, et in constitutionibus Impp. Christianorum gentiles etiam pagani appellantur: quæ appellatio, ut credibile est, inde nata, quod cum urbes fere omnes sub Constantino fidem Christianam amplexæ essent, tamen adhuc diu post in agris et pagis hæsit religio gentilis et reliquiæ ethnicismi.

6 " *In Hispania Partitarum* „*leges* jus Romanorum imitatæ, „concedunt militibus facultatem „testandi jure militari seu privile„giario duntaxat eo casu quo in „expeditione sunt, *l.* 4. *tit.* 1. *P.* „*6.* Ab hoc tamen jure aliquan„tulum recessum constitutione „quæ erat in *Ordinationibus ge*„*neralibus exercitus art.* 4. *tract.* „8. *tit.* 11. Et tandem cum super „hac orta esset dubitatio, ejus tol„lendæ gratia, nova constitutio „edita est sub die 24. Octobris „ann. 1778. *l.* 8. *tit.* 18. *lib.* 10. „*N. R.* qua, consulente supremo „belli Concilio, declarat vultque „Rex, ut omnes qui foro gau„dent militari, generaliter et ab„sque ulla limitatione possint pro „suo arbitrio testamenta con„dere quocunque modo de eorum „voluntate constet.

TEXTUS.

Rescriptum D. Trajani.

1 *Plane de testamentis militum Divus Trajanus Catilio Severo ita rescripsit.* : Id privile-

gium quod militantibus datum est, ut quoquo modo facta ab his testamenta rata sint, sic intelligi debet, ut utique prius constare debeat, testamentum factum esse: quod et sine scriptura, et à non militantibus quoque fieri potest. Si ergo miles, de cujus bonis apud te quæritur, convocatis ad hoc hominibus, ut voluntatem suam testaretur, ita locutus est, ut declararet quem vellet sibi hæredem esse, et cui libertatem tribueret; potest videri sine scripto hoc modo esse testatus, et voluntas ejus rata habenda est (1). Cæterum si (ut plerumque sermonibus fieri solet) dixit alicui: Ego te hæredem facio, aut: Bona mea tibi relinquo; non oportet hoc pro testamento observari. Nec ullorum magis interest, quam ipsorum, quibus id privilegium datum est, ejusmodi exemplum non admitti. Alioqui non difficulter post mortem alicujus militis testes existerent, qui affirmarent, se audisse dicentem aliquem, relinquere se bona cui visum sit: et per hoc vera judicia subverterentur.

COMMENTARIUS.

1 (*Divus Trajanus ita rescripsit*). Recitatur hoc idem rescriptum à Florentino in *l.* 24. *hoc tit.* Sententia rescripti hæc est: voluntatem militis qualemcunque, etiam eam, quam sine scripto protulit, pro testamento observari; cæterum prius esse, ut constet appareatque, serio atque animo testamenti faciendi militem verba pronunciasse. Hoc ut doceatur, ipsorum militum maxime interesse, ne vera et seria eorum judicia subvertantur.

2 (*Convocatis ad hoc hominibus*). Ex his consritutionis verbis triplex orta controversia est: una de necessitate adhibendorum testium in testamento militis; altera de numero: tertia de eorum rogatione. De prima dicendum, interesse, utrum miles per nuncupationem et sine scriptura testetur, an per scripturam: in nuncupatione omnino testibus opus esse; quod etiam *hic locus* expresse exigit: ¿et quomodo alioqui de voluntate militis voce prolata constare poterit? In scripto autem testamento, etsi nulli testes á milite adhibiti sint, ratam tamen esse militis voluntatem, utpote de qua per scripturam et manum ipsius testatoris, quæ legitima probatio est, constare potest. Nihil autem amplius exigitur, quam ut de voluntate militis quocunque modo testata constet. De numero testium adhibendo à milite per nuncupationem testante sic sentio: neque unum testem sufficere, neque plures exigi, quum duos (2). Illud, quia constitutio plurali numero utitur, neque unius testimonium legitimum est, quale tamen omnino requiritur, *l.* 40. *hoc tit.* Hoc, quia pluralis elocutio duorum numero contenta est, *l.* 12. *de testib.* Atque ex ratione juris gentium, quod solum in testa-

(1) *D. l.* 4. *tit.* 1. *P.* 6.

(2) *D. l.* 4. *tit.* 1. *P.* 6.

mentis militum consideratur, ad probationem alicujus actus duorum testimonium sufficit.

3 De rogatione testium, quod tertium erat, eam non existimo in militari testamento esse necessariam. Primum: quia rogatio illa est pura solemnitas; in militaribus autem testamentis solemnitates omnes remissæ: deinde, quia hæc omnium solemnitatum scrupulossima est et subtilissima, longissimeque recedit à simplici ratione juris gentium, quæ sola regula est militarium testamentorum. Denique contraria sunt dicere, nudam et simplicem voluntatem sufficere, et desiderari rogationem. Nihil in contrarium faciunt verba *hujus text. convocatis ad hoc hominibus.* Quippe quæ *hic* non dispositive, sed narrative tantum ponuntur, atque ut exemplo aliquo declaretur, quomodo de seria militis voluntate sine scriptura testati, certo constare possit.

TEXTUS.

De surdo et muto.

2 *Quinimo et mutus et surdus miles testamentum facere potest.*

COMMENTARIUS.

1 Arbritror, peccatum *hic* aliquid esse oscitantia Compilatorum. Certum est enim, olim paganum mutum aut surdum testamentum facere non potuisse, nisi ut liceret sibi facere specialiter à Principe impetrasset, *l. 7. qui test. fac.* militem autem mutum et surdum potuisse citra novam concessionem ex privilegio militari, *l. 4. hoc tit.* Nec minus certum habeo, neque paganum mutum simul et surdum natum, aut factum quidem, sed qui scribere nesciret, hoc unquam ex speciali gratia obtinere potuisse: quippe qui nec petere hoc potuit; neque militem in casu simili habuisse ex privilegio. Justinianus primus generali lege surdis et mutis, qui vel lingua, vel scriptura suam voluntatem manifestare potuerint, facultatem testandi dedit, quin necesse haberent licentiam à Principe impetrare, *l.* 10. *C. qui test. fac. poss.* (1). ex quo cum pagani hoc jus habuerint, id inter privilegia militaria, ut olim, amplius referri non debuit. Cum igitur nihilominus appareat, id *hoc loco* factum esse à Compositoribus, oportet eos, cum hæc vel ex responso Ulpiani in *d. l.* 4 vel ex alio veteri Jurisconsulto describerent, non meminisse *constitutionis illius Justinianeæ*; quæ tamen jam dudum edita erat, ut apparet ex subscriptione.

2 "*In Hispania*, si quis mutus legere sciat, et scribere ignoret, poterit à Rege impetrare facultatem testandi, adhibito aliquo qui loco ejus testamentum scribat, *d. l.* 13. *tit.* 1. *P.* 6. *vers.* Mas, cum *seq.*"

(1) *L.* 13. *d. tit.* 1. *P.* 6.

TEXTUS.

De militibus et veteranis.

1 *Sed hactenus hoc illis à principalibus constitutionibus conceditur, quatenus militant, et in castris degunt. Post missionem vero veterani, vel extra castra alii, si faciant adhuc militantes testamentum, communi omnium civium Romanorum jure id facere debent. Et quod in castris fecerint testamentum non communi jure, sed quomodo voluerint, post missionem intra annum tantum valebit. Quid ergo si intra annum quis decesserit, conditio autem hæredi adscripta post annum extiterit? an quasi militis testamentum valeat? Et placet valere quasi militis.*

COMMENTARIUS.

1 (*Post missionem vero*). Huic rei obstare videtur, quod etiam is miles, qui capite damnatus est jure militari testandi licentiam habet, *l.* 11. *hoc tit.* qui tamen maxime pro misso et exauctorato haberi debet. Sed id non obest: quia miles capite damnatus privilegium testandi non retinet, nisi id nominatim sententia comprehensum sit, *l.* 22. §. 1. *de legat.* 3. aut petierit et impetraverit, ut sibi jure militari testari liceret, *l.* 32. §. 8. *de donat. inter. vir. et uxor.*

2 (*Intra annum &c*). Testamentum in castris jure militiæ factum jus suum etiam post missionem intra anni spatium retinet, vel eousque dum institutionis conditio extiterit, *l.* 21. *l.* 26. *l.* 38. *hoc tit.* De anni spatio hæc causa affertur, quod privilegia absentibus Reipubl. causa, quales etiam sunt milites, concessa post reditum usque ad annum perseverant, §. 2. *sup. de exc. tut.* De conditione hæc, quia conditio quandocunque existens retrotrahitur, atque exinde perinde habetur, ac si ab initio pure institutio facta fuisset, *l,* 26. *de cond. instit. l.* 8. *de per. et com. rei. vend.* Cæterum missionem intelligi oportet, vel honestam, quæ emeritis stipendiis indulgetur; vel causariam, quæ propter valetudinem. Nam eorum testamenta, qui ignominiæ causa missi sunt, statim desinunt militari jure valere, *d. l.* 26. *hoc tit.* Consule de hoc *l.* 2. §. 2. *de his, qui not. infam.* Lipsium in *lib.* 1. *Annal. Taciti.*

TEXTUS.

Si testamentum factum ante militiam.

4 *Sed et si quis ante militiam non jure fecit testamentum, et miles factus, et in expeditione degens resignavit illud, et quædam adjecit, sive detraxit; vel alias manifesta est militis voluntas hoc valere volentis, dicendum est, valere hoc testamentum, quasi ex nova militis voluntate.*

COMMENTARIUS.

1 (*Resignavit illud, quædam adjecit, sive detraxit, vel a-*

lias manifesta &c.). Ad confirmationem testamenti, quod quis inutiliter ante militiam fecit, uti nihil amplius requiritur, quam ut miles postea factus tempore expeditionis id valere voluerit; ita etiam necesse est, ut hoc nova aliqua testatione voluntatis declaret. Duo enim semper in omni militari testamento exigimus: ut de voluntate militis constet; et ut in expeditione testatus sit. At in proposito neque de voluntate militis constare potest, si nulla nova testatio intervenerit; quin potius tunc censendus est, priorem inutilem voluntatem, qualem esse sciebat, talem manere voluisse: nec dici potest in expeditione testatus, à quo neque factum quicquam est, neque dictum, quod ad comprobationem prioris voluntatis pertineat. Enimvero non præcise requiritur, miles recentem voluntatem aperte et verbis declaret, sed sufficit, eam re aliqua et facto significari, unde commode intelligi possit: cujusmodi facta sunt, si testamentum resignaverit, si aliquid adjecerit, detraxerit, interleverit, induxerit, emendaverit. Alterutrum autem horum omnino necessarium est, ut *hic locus* aperte ostendit, et apertius adhuc Jurisconsultus *l.* 20. §. 1. *eod.* Omnium autem apertissimus in hanc sententiam locus est Marcelli in *l.* 25. *hoc tit.* ubi sic scribit: *Testamentum, quod* (*Titius*) *ante tribunatum fecisset, nihil si postea ab eo factum dictum esse probaretur, ad jus commune pertinet: constitutionibus enim Principum non militum testamenta, sed quæ à militibus facta sunt, confirmantur.*

2. Obstare videtur responsum Ulpiani, quod extat in *l.* 15. §. 2. *eod. tit.* in hæc verba: *Testamentum ante militiam factum à milite, si in militia decesserit, jure militari valere, si militis voluntas contraria non sit, Divus Pius rescripsit.* Sed facilis est solutio, si conferatur hoc responsum cum altero ejusdem Ulp. in *l.* 9. §. 1. *eod.* ubi in eodem casu novam voluntatem desiderat ex ipso D. Pii rescripto, ibi *Si hoc maluit miles.* Itaque in *laudato* §. 2. *legis* 15. per illa verba *si militis voluntas contraria non sit*, minus dixit, plus voluit Ulpianus, nimirum quod nova voluntas sit, et quod non sit contraria: quorum secundum duntaxat expressit.

TEXTUS.

Si adrogatus vel emancipatus fuerit miles.

5 *Denique, etsi in adrogationem datus fuerit miles: vel filiusfamilias emancipatus est, testamentum ejus quasi ex nova militis voluntate valet: nec videtur capitis deminutione irritum fieri.*

COMMENTARIUS.

1 Quamvis quod *hoc loco* et *ll.* 22. *et seq. hoc tit.* proponitur, inter privilegia militaria referatur: idem tamen postea, neglecta subtilitate juris productum videtur ad veteranos jure communi de bonis castrensibus

testantes *l.* 1. §. 8. *de bon. pos. sec. tab. l.* 6. §. *ult. de inj. rup. irr. fac. test.*

2 "Quod ad *Hispaniam* atti-
»net disce ex iis, quæ monemus
»*infr.* in §. 4. *quib. mod. testam.*
»*infirm.*"

TEXTUS.

De peculio quasi castrensi.

6 *Sciendum tamen est, quod, cum ad exemplum castrensis peculii, tam anteriores leges, quam principales constitutiones, quibusdam quasi castrensia dederant peculia, et horum quibusdam permissum fuerat etiam in potestate degentibus testari: nostra constitutio id latius extendens, permiserit omnibus in hujusmodi peculiis testari quidem, sed jure communi. Cujus constitutionis tenore perspecto, licentia est, nihil eorum, quæ ad præfatum jus pertinent, ignorare.*

COMMENTARIUS.

1 (*Et horum quibusdam*). Ante Justinianum aliquibus duntaxat filiisfam. ex iis qui peculium quasi castrense habebant, testari permissum, veluti Consulibus, Proconsulibus, Legatis et Præsidibus provinciarum, cæterisque in universum omnibus, qui positi erant eminentiore aliquo dignitatis aut administrationis gradu: patronis vero causarum, agentibus in rebus, magistris liberalium artium, archiatris, et id genus aliis in tam ampla dignitate non constitutis, ea quidem, quæ hujusmodi operam Reipubl. navantes paraverant, plena proprietate concessa fuerunt, ut hæc etiam patre mortuo quasi peculium quoddam castrense præciperent: cæterum jus de his rebus testandi iis datum non fuit, *l. ult. C. de in off. test.* Hinc apparet, non satis validum esse argumentum, quo nonnulli filiis familias jus testandi defendunt etiam in peculio adventitio iis casibus, quibus plena ejus proprietas illis concessa est, de quo amplius *tit. proxime seq. in pr.*

2 (*Testari quidem, sed jure communi*). *d. l. ult.* Quare filiifam. omnes qui quasi castrense peculium habent, idem per omnia in eo jus habent ex constitutione Justiniani, quod filiifamil. veterani in peculio castrensi: jure autem militari testari non possunt.

TITULUS DUODECIMUS.

QUIBUS NON EST PERMISSUM FACERE TESTAMENTUM.

Dig. Lib. 28. *Tit.* 1. *Cod. Lib.* 6. *Tit.* 22. (1).

1 Reditus ad jus commune. Disseruit *tit.* 10. de forma et modo testandi, progreditur nunc ad personam testantis: quod est alterum ex tribus illis, quæ in omni testamento consideranda esse diximus sub *rubr. d. tit.* In persona testantis duo exiguntur: unum est, ut conditione sit civis Romanus: quod indicat primum et secundum caput legis Falcidiæ, *l.* 1. *ad leg. Falc.* Proinde testamentum facere non possunt peregrini aut ad peregrinitatem redacti, ut deportati, *l.* 8. *qui test. fac. l.* 1. §. 2. *de legat.* 5. nec servi aut capti ab hostibus, *d. l.* 8. §. *ult. hoc t.* §. *ult. infr. eod.* nec obsides, nisi eis permittatur, *l.* 11. *eod.* (2) Ac ne is quidem, qui de statu suo, et conditione incertus, testari potest, *l.* 14. et *seq. eod.* Alterum est, ut sit sui juris, uno verbo paterfamil. de quo statim in *pr. hujus tit.*

2 Qui patresfamiliarum sunt, omnes testamentum facere possunt, exceptis iis, qui voluntatem suam recto certoque judicio significare aut exprimere nequeunt, de quibus in §. 1. *et* 12. *seqq.* necnon aliis quibusdam, quos lex ob delictum admissum aut apostasiam hæresimve nominatim testari vetat, *l.* 18. §. 1. *l.* 26. *hoc tit. l.* 3. *C. de apost. l.* 4. *C. de hæret. et Manich. l.* 6. *et auth. seq. C. de incest. nupt.* Olim omnes capitali crimine damnati certo jure testamenti factionem amittebant, quoniam statim atque sententiam passi essent, libertatem et civitatem perdebant, *d. l.* 8. §. *ult.* Ajo *damnati*: nam si quis indemnatus, quantumvis post accusationem et in custodia decessisset, ejus testamentum valebat, *l.* 9. *hoc tit.* uti et damnati appellatione interposita, medioque tempore pendente appellatione testati et defuncti, *l.* 13. §. *ult. eod.* Quæritur autem, ¿an novellis legibus, *novell.* 22. *cap.* 8. item *novell.* 134. *cap. ult.* unde *auth.* Sed hodie *C. de don. inter vir. et uxor. et authent.* Bona *C. de bon. proscript.* ab eo jure recessum sit? Nam his constitutionibus, et servitus pœ-

(1) *Tit.* 1. *P.* 6. *à l.* 8. *t.* 19. *l.* 10. *N.* R.

(2) *L.* 16. *tit.* 1. *P.* 6.

næ tollitur, et bona capite damnatorum non publicantur, extantibus liberis et parentibus. Sed tamen quia eis bona adimuntur, et in liberos vel parentes transferuntur, ne hodie quidem eos testari posse dicendum videtur.

3 "In Hispania testari per-„mittitur peregrinis seu exteris „peregrinantibus, *l.* 2. *tit.* 30. „*lib.* 1. *Nov. Recop.* uti etiam „damnatis ad mortem sive civi-„lem sive naturalem, *l.* 3. *tit.* 18. „*lib.* 10. *Nov. Recop.* Per damna-„tos autem ad mortem civilem, „ne intelligas hic eos, qui servi „fiunt, utputa libertos ob ingra-„titudinem iterum in servitutem „redactos, *l.* 18. *tit.* 1. *P.* 6. sed „illos duntaxat, qui perpetuo in „metallum aut aliud opus publi-„cum, vel in perpetuum carce-„rem condemnantur: uno verbo, „qui capitis deminutionem me-„diam patiuntur. His enim exem-„plis AA. nostri utuntur in ex-„ponenda *d. l.* 3. Azev. in ipsa, „*l.* 3. *num.* 2. Gomez in *l.* 4. *Tau-*„*ri* (quæ eadem est cum *d. l.* 13.) „*num.* 3. Galind. in *Phœn. lib.* 3. „*tit.* 3. §. 3. *prop.* junct. *lib.* 2. „*tit.* 2. §. 13. *prop.* 1. Sane non „crediderim servum in Hispania „testari posse: neque conditio „servilis id patitur. Hancque fu-„isse mentem Auctorum *d. l.* 3. „ex eo patet, quod suponunt „ita damnatos bona habere de „quibus testentur, ibi: *Puedan* „*testar de sus bienes*: hoc au-„tem servis non quadrat. Ad-„hæc, legibus Partitarum eis te-„stari prohibetur, *l.* 16. *tit.* 1. „*P.* 6. correctiones autem sine „necessitate non admittendæ."

TEXTUS.

De filiofamilias.

Non tamen omnibus licet testamentum facere. Statim enim ii, qui alieno juri subjecti sunt, testamenti faciendi jus non habent: adeo quidem, ut quamvis parentes eis permiserint, nihilo magis jure testari possint: exceptis iis, quos antea enumeravimus, et præcipue militibus, qui in potestatem parentum sunt: quibus de eo, quod in castris acquisierunt, permissum est ex constitutionibus Principum testamentum facere. Quod quidem jus ab initio tantum militantibus datum est, tam ex auctoritate Divi Augusti, quam Nervæ, necnon optimi Imperatoris Trajani: postea vero subscriptione Divi Hadriani etiam dimissis à militia, id est, veteranis concessum est. Itaque siquidem fecerint de castrensi peculio testamentum, pertinebit hoc ad eum, quem hæredem reliquerunt: si vero intestati decesserint, nullis liberis, vel fratribus superstitibus, ad parentes eorum jure communi pertinebit. Ex hoc intelligere possumus, quod in castris acquisierit miles, qui in potestate patris est, neque ipsum patrem adimere posse, neque patris creditores id vendere, vel aliter inquietare, neque patre mortuo cum fratribus commune esse: sed scilicet proprium esse ejus, qui id in castris acquisierit: quamquam jure civili omnium,

qui in potestate parentum sunt, peculia perinde in bonis parentum computentur, ac servorum peculia in bonis dominorum numerantur: exceptis videlicet iis, quæ ex sacris constitutionibus, et præcipue nostris propter diversas causas non acquiruntur. Præter hos igitur, qui castrense peculium, vel quasi castrense habent, si quis alius filiusfam. testamentum fecerit, inutile est, licet suæ potestatis factus decesserit.

COMMENTARIUS.

1 (*Qui alieno juri subjecti*). Lex XII. Tab. liberam testandi facultatem civibus concedens præcise ac definite de patribusfamil. locuta est. Extra integrum legis caput apud Auctorem ad *Herennium lib.* 1. *cap.* 13. in hæc *verba: Paterfamilias uti legassit super familia pecuniave sua, ita jus esto.* Ex eo quod Decemviri hoc jus nominatim concesserunt patrifamil. hoc est, civi Romano, qui sui juris est, satis intelligitur, idem eos filiisfam. permittere noluisse. Quinimo non potuerunt, nisi ridicule, testandi facultatem permittere iis, qui nihil suum habebant, de quo testari possent: quippe notum est, filiosfam. olim omnia parentibus, quorum in potestate erant, pleno jure acquisivisse: quæ etiam ratio, cur filiifamilias testari non possint, reddita est ab Ulpiano in *fragm. tit.* 20. §. 9. Hoc autem posito, filiosfamil. jus testamenti faciendi non habere, consequens est, eos ne legatum aut fideicommissum relinquere, aut codicillos facere posse: quippe quæ iis demum permissa sunt, qui et testamentum condere possunt, *l.* 2. *de legat.* 1. *l.* 6. §. *pen. de jur. cod.* (1).

2 (*Quamvis parentes eis permiserint*). *L.* 6. *qui test. fac. poss.* Atque hoc etiam ut consectarium ex superiori deducitur. Etenim permissio ista patris non efficit ut filiusfam. incipiat esse paterfam. Lex autem XII. Tab. non aliis, quam patribusfam. testandi potestatem concessit: eoque pertinet, quod Papinianus scribit in *l.* 3. *eod. Testamenti factio non privati sed publici juris est*, hoc est, jus testamenti faciendi non privatorum auctoritate, sed jure publico et legibus cuique tribuitur.

3 An igitur filiofamil. nec mortis causa donare, volente patre, permittendum? Ita videri potest, cum mortis causa donationes per omnia fere ultimis voluntatibus comparentur, §. 1. *sup. de donat. l. ult. C. de mort. caus. don.* Placuit tamen posse filiumfamil. permittente patre mortis causa donare, *l.* 25. §. 1. *de mort. caus. don.* nimirum, quia donatio mortis causa, etsi in plerisque jure ultimæ voluntatis censetur, in quibusdam tamen naturam negotii inter vivos et contractus habet, *l.* 35. §. 3. *eod.* maximeque in eo quod ad eam perficiendam traditione aut conventione opus est, ut pluribus ostendimus in *d.* §. 1,

(1) *L.* 1. *tit.* 9. *P.* 6. *vers.* E puede.

ac proinde hactenus etiam eodem jure cum conventionibus haberi, hoc est, privatorum arbitrio regi debet, perindeque habendum, ac si pater ipse per interpositam filii personam donasset, in eoque usus esset filii ministerio, *l.* 9. §. 2. *de donat.* Atque hanc ob causam, etsi filii quoque persona in hac donatione spectatur, tum in ea perficienda, tum infirmanda; putarem tamen, etiam patrem eam revocare posse, cum Bart. in *l.* 2. §. 1. *de donat.* Ang. et Jo. Fab. *hic.* Nam quod traditum est de testamentis, ea non debere pendere ex alieno arbitrio, *l.* 32. *de hæred. inst.* protinus ad mortis causa donationes trahendum non est.

4 (*Exceptis iis, quos antea enumeravimus*). Qui scilicet castrense et quasi castrense peculium habent. In his enim bonis filiifamil. beneficio Principum testamenti factionem habuerunt, §. *ult. præced. tit.* et quoad cætera quoque in hoc peculio plenissimo jure patrumfamil. usi sunt, *l.* 2. *de SC. Maced.*

5 (*Quod jus ab initio tantum militantibus etc.*) Refert Imperat. quibus gradibus ad summum ejus juris, quod filiifam. in castrensibus habent, perventum est. Initium ejus Augusto tribuit (Ulpianus Julio, *l.* 1. *de test. mil.*) progressum Nervæ et Trajano (Ulp. *d. loc.* etiam Titi et Domitiani meminit), paterque ex illo Juvenalis *satyr. ult. vers.* 52.

Solis præterea testandi militibus jus
Vivo patre datur etc.

sub Domitiano idem obtinuisse: consummationem Hadriano: quippe illi militantibus tantum, hic etiam veteranis, de eo, quod in castris acquisiverunt, cæteroque peculio, quod militiæ beneficio adepti sunt, *l.* 11. *de castr. pec.* vivis parentibus, quorum in potestate sunt, testandi facultatem dedit, ita ut quod antea solorum militum erat, id bonorum privilegium rescripto Hadriani factum sit.

6 (*Ad parentes eorum jure communi pertinet*). Utut pater in peculio castrensi vivente filio nihil juris habuerit, ipsique filio concessum, in eo, quem vellet, hæredem sibi instituere; tamen diu jus vetus hactenus patri conservatum fuit, ut filio intestato mortuo, jure peculii etiam bona castrensia ad patrem redirent, eademque hoc casu adhuc esset conditio castrensis peculii et pagani, nec in illo magis, quam in hoc filiusfam. hæredem ab intestato haberet, *l.* 2. *de castr. pec.*

7 Hodie ex *novel.* 118. bona filiifam. sive castrensia, sive pagana adventitia non amplius jure peculii, sed hæreditatis patri deferuntur; nec jam ordine tertio ut jure *Codicis*, sed secundo, ita ut cum eo mater simul, et fratres defuncti admittantur.

8 (*Ex hoc intelligere possumus etc.*). Subjiciuntur *hic* quædam alia jura, quæ filiusfam. in castrensi peculio habet, et nimirum hæc tria: primum quod hoc peculium ita filii proprium est, ut pater id ei adimere non possit: alterum superiori consequens, quod creditores patris id vendere alio-

ve modo inquietare nequeant: tertium, quod patre mortuo, id filius præcipuum habet, ne cum fratribus communicare, aut his conferre cogatur. Quæ olim erant castrensis peculii propria; hodie vero castrensi cum pagano adventitio sunt communia.

9 (*Præter hos igitur, qui castrense peculium vel quasi*). Quamvis non tantum castrense et quasi castrense peculium, sed quædam etiam bona filii adventitia ex constitutionibus patri non adquirantur; atque à Justiniano in universum adventitiorum omnium proprietas filio concessa sit: in duobus tamen istis generibus duntaxat jus testamenti faciendi ei permissum, non item in tertio. Non habet hæc res dubitationem, cum, quod regulare est, filius tantum nudam proprietatem in peculio adventitio habet, pater usumfructum: sed cum sint quidam casus, quibus filio plena et solida proprietas acquiritur, anne tunc quidem de his bonis testari possit, non satis convenit. Casus unus jam tum erat, cum Institutiones componerentur. Nam in *l. ult. C. de bon. quæ lib.* sic à Justiniano constitutum est, ut si filio hæreditas aut legatum fideivecommissum delatum sit, et pater filio consentire nolit, ut hæreditatem adeat, aut relicta agnoscat, filius propria auctoritate et patre invito id facere possit, et sibi hoc facto, quod relictum est in totum acquirat. Novellis constitutionibus plures hujusmodi species introductæ, quas retulimus *supra* §. 1. *per quas pers.*

10 ¿An igitur ne his quidem casibus filio permissum de peculio adventitio testari? Sunt qui putant, permissum esse, et Triboniano hæc scribenti in mentem non venisse, *l. ult.* §. 5. *vers. filiis autem C. d. tit.* ubi Justinianus duntaxat eo casu, quo apud patrem usus fructus est, filium de bonis adventitiis testari non permittit; inde enim à sensu contrario colligunt, in altera specie adventitiorum id ei licere. Probabilis sane collectio, nisi ipse Justinianus postea mentem suam clare exposuisset. Nam cum hæc ipsa quæstio jam tum ætate Justiniani, nec multo post emissam *d. l. ult.* exorta esset, ipse nova constitutione edita dubitationi occurrit, quæ est *l. pen. C. qui test. fac. poss.* qua declarat, minime sibi in constitutione nuper à se promulgata propositum fuisse, filiisfamil. in bonis adventitiis permittere testamenti factionem, sive cum consensu sive sine consensu patris bona possideant, ac proinde sive nudam sive plenam eorum proprietatem habeant: sed in hoc antiquam legem per omnia servari jubet. Conferantur inter se constitutiones; perspicue apparebit, alteram alterius explicandæ, et *d. l. pen.* tollendi erroris gratia, cui verba §. 5. *d. l. ult.* causam dederant, scriptam esse. Non enim alia lex per eam, quam in *d. l. pen.* ait à se promulgatam esse, intelligi potest, quam in qua extat distinctio illa, cujus meminit, et ad quam se refert in *d. l. pen.* utrum scilicet filius bona possideat cum consensu, an sine con-

sensu patris: at illa distinctio extat in una *d. l. ult.* nusquam alibi.

11 ¿Sed quid quærimus amplius? Negat expresse in *d. l. pen.* se jus testandi filio permittere in bonis, quæ possidet sine consensu patris: atqui horum plenam proprietatem filio in *d. l. ult.* concesserat, neque erat tunc alius casus, quo ususfructus in hoc genere peculii ad patrem non pertinebat. Adhæc, jubet circa filiorumfam. testamenta per omnia observari legem antiquam: nulla vero lege antiqua filiofam. testamentum facere permissum, præterquam de bonis castrensibus et quasicastrensibus. Neque concessio plenæ proprietatis mutat qualitatem peculii, quæ ex sola causa acquirendi æstimatur. Ridiculi autem sunt, qui per legem antiquam intelligunt ipsius Justiniani aliquam constitutionem, et nominatim illam ipsam, quam explicat *l. ult. C. de bon. quæ lib.* Non potuit, nisi absurdissime, antiquam appellare, quam initio *d. l. pen.* profitetur nuper à se promulgatam, nec ullas suas ipsius leges antiquas, cum nulla tunc esset biennio aut triennio vetustior. *Nov.* 117. *cap.* 1. §. 1. loquitur de dispositione inter vivos, *et nov.* 22. *cap.* 6. *vers. si vero* exaudienda est de filio emancipato. Igitur de nullo peculio adventitio, sive ordinario, sive extraordinario poterit filiusfam. testari.

12 "In Hispania filiusfamil. »testari potest eodem modo ac si »à patris potestate fuisset liberatus, *l.* 3. *tit.* 18. *lib.* 10. *Nov.* »*Recop.* (5. *Tauri*), quæ corrigit »*l.* 13. *tit.* 1. *P.* 6. qua parte hæc »contrarium statuebat. De jure »autem succedendi filio intestato »*lib.* 3. *tit.* 5. agemus."

TEXTUS.

De impubere et furioso.

1 *Præterea testamentum facere non possunt impuberes: quia nullum eorum animi judicium est. Item furiosi: quia mente carent. Nec ad rem pertinet, si impubes postea pubes, aut furiosus postea compos mentis factus fuerit, et decesserit. Furiosi autem si per id tempus fecerint testamentum, quo furor eorum intermissus est, jure testati esse videntur: certe eo, quod ante furorem fecerint, testamento valente. Nam neque testamentum recte factum, neque ullum aliud negotium recte gestum, postea furor interveniens perimit* (1).

COMMENTARIUS.

1 (*Quia nullum eorum animi judicium est*). Ait impuberum nullum judicium esse, id est, nullum solidum, ac tale, quale requiritur in eo, qui de omnibus suis rebus disponere cogitat. ¿An igitur non saltem tutore auctore impuberi permittendum testamentum facere, uti potest eo auctore res suas alienare, hæreditatem adire, bonorum possessionem pe-

(1) *L.* 13. *d. tit.* 1. *P.* 6.

tere, aliaque facere, etsi perfectum animi judicium requirant, ut hic etiam quod impuberis judicio deest, tutoris prudentia suppleatur? Nequaquam. Nam aliarum actionum periculum tutores præstant, et finita tutela earum rationem pupillis eorumve hæredibus reddunt: hujus vero reddere non possunt. Deinde testamenta seu institutiones non possunt pendere ex alieno arbitrio. *l. 32. de hær. inst.* non precaria, sed ipsorum testatorum prudentia fieri debent, ne quid temere et in consulto per aliorum molimina in præjudicium familiarum et agnationis statuatur, et alieni potius, quam cognati; remotiores, quam proximi, hæreditatem consequantur. Quin tutores, si hanc potestatem iis permittimus, semper operam dabunt, ut non alii, quam à quibus lucrum sperant, hæredes instituantur.

2 (*Quo furor intermissus est*). Furiosus per id tempus, quo furor intermissus est, testamentum jure facere potest, *l. 9. C. hoc tit.* (1); quemadmodum et testis tempore intermissionis recte adhibetur, *l. 20. §. 4. hoc tit.* Cæterum, ut valeat testamentum, necesse est, ut id uno eodemque tempore remissionis perficiat: nam si cœpto testamento et necdum perfecto, furor eum iterum invaserit, nihil actum est, etiamsi postea remisso denuo furore, id quod cœpit, perficiat, *d. l. 9.* ¿Quid si proferatur testamentum conditum à furioso, quem certum est habuisse dilucida intervalla, incertum autem sit, quo tempore id fecerit? Et si quidem id ita ordinatum fuerit, ut quivis paterfam. sanæ mentis sic dispositurus fuisse judicetûr, pro testamento respondendum, et credendum intervalli tempore factum. Pertinet huc quod Valer. Maxim. *lib. 7. cap. 8.* refert de Tuditani hominis certæ ac notæ insaniæ testamento; quod à Centumviris confirmatum ait, *magis quid scriptum esset in tabulis, quam quis scripsisset, considerandum existimantibus.*

3 (*Eo, quod ante fecerint, testamento valente*). *D. l. 20. §. 4. hoc tit.* Similiter nec interdictio bonorum succedens, nec auditus sermonisve amissio testamentum ante factum vitiant, §§. *seqq. l. 6. §. 1. l. 18. eod.* (2). Palam igitur est, his casibus unum duntaxat tempus inspici, facti scilicet testamenti: contra evenit quando mutatio quæ contingit, status mutatio est. Late hoc argumentum examinamus *infr. §. 14. de legat.*

4 "In Hispania testamentum „infirmabitur, si testatori conti„gerit maxima capitis deminutio: „non autem si hæc media vel „minima fuerit, per ea, quæ ex „*ll. 3. et 4. tit. 18. lib. 10. Nov.* „*Recop.* nuper diximus in *rub. et* „*pr. hoc tit.*

(1) *D. l. 13. titul. 1. P. 6. in verbis* Mientras que fuere desmemoriado.

(2) *D. l. 13. vers.* Pero si ante.

TEXTUS.

De prodigo.

2 *Item prodigus, cui bonorum suorum administratio interdicta est, testamentum facere non potest: sed id quod ante fecerit, quam interdictio bonorum suorum ei fiat, ratum est* (1).

Hic textus planus omnino est.

TEXTUS.

De surdo et muto.

3 *Item surdus et mutus non semper testamentum facere possunt. Utique autem de eo surdo loquitur, qui omnino non exaudit, non qui tarde exaudit: nam et mutus is intelligitur, qui eloqui nihil potest, non qui tarde loquitur. Sæpe enim etiam litterati homines variis casibus et audiendi et loquendi facultatem amittunt. Unde nostra constitutio etiam his subvenit; ut certis casibus et modis secundam normam ejus possint testari, aliaque facere quæ eis permissa sunt. Sed si quis post testamentum factum adversa valetudine, aut quolibet alio casu mutus aut surdus esse cœperit, ratum nihilominus manet ejus testamentum.*

1 In explicationem *hujus textus* recole quæ diximus in §. 2. *de milit. testam.*

TEXTUS.

De cæco.

4 *Cæcus autem non potest facere testamentum, nisi per observationem, quam lex Divi Justini patris nostri introduxit.*

COMMENTARIUS.

1 In cæco nihil est, ob quod testamentum facere prohibeatur: nam et testes accire ac rogare potest, et audire sibi testimonium perhibentes. Quapropter, et olim testamentum facere potuit, Paul. 3. *sentent.* 4, et nunc quoque potest. Cæterum forma nunc accuratior præscripta, et quædam singularia in testamento cæci, ut fraus omnis, cujus hic major metus, evitetur, constituta sunt lege illa Justini, quæ *hic* commemoratur, et extat *l.* 8. *C. hoc tit.* Sententia legis est, ut cæcus hæredem nuncupaturus (ineptum putavi monere, cæcum non aliter quam per nuncupationem testari posse) præter numerum testium ordinarium adhibeat et Tabularium, aut si Tabularii copia non sit, alium octavum testem, qui voluntatem nuncupantis scriptura excipiat, cui deinde testes omnes et Tabularius subscribant, eamque obsignent, uti fit in testamentis scriptis: aut si prius testamentum suum scripto comprehendi curavit, ut Tabularius coram testibus eam scripturam palam legat, eaque lecta cæcus te-

(1) *D. l.* 13. *tit.* 1. *P.* 6.

stetur hanc suam voluntatem esse; deinde omnes subscribant et signent. Ubi hæc singularia notanda. 1. Quod non sufficiat voluntatis nuncupatio, nisi et scriptura accedat. 2. Adhibitio octavi testis, qui testamentum scribat, aut antea scriptum recitet. 3. Quod is testis debeat esse Tabularius publicus, si ejus copia est. 4. Omnium subscriptio et subsignatio.

1 "In Hispania, ut testamen„tum cœci valeat, quinque testes „adhiberi debent, *l.* 2. *tit.* 18. „*lib.* 10. *Nov. Recop.* (3. *Tauri*). „An autem necesse sit, ut hi „quinque testes sint vicini seu „incolæ loci in quo testamentum „conditur et Tabellio adsit, non „una est Interpretum sententia. „Vide Azev. in *d. l.* 2. *d n.* 23. „cujus sententia quæ incolatum „insuper habendum putat; Ta„bellionem vero necessarium ex„istimat, nobis placet: Anton. „Gomez. in *d. l.* 3. *num.* 52. te„net Tabellionem necessarium „non esse."

TEXTUS.

De eo, qui est apud hostes.

5 *Ejus, qui apud hostes est, testamentum, quod ibi fecit, non valet, quamvis redierit. Sed quod, dum in civitate fuerat, fecit, sive redierit, valet jure postliminii: sive illic decesserit, valet ex lege Cornelia.*

COMMENTARIUS.

1 (*Qui apud hostes est*). *L.* 8. *hoc tit.* Ratio manifesta est: quia captus jure belli servus fit hostium; ut autem testamentum consistat, necesse est testatorem jus testandi habere, cum testamentum facit; nec postliminio vitiatur regula Catoniana. Sed nec obsides, nisi eis permittatur, testamentum facere possunt, quia velut pignoris jure tenentur, et fiscus eorum bona occupat, *l.* 11. *hoc tit. l.* 31. *de jure fisc.* Cætera quæ in *text.* dicuntur de jure postliminii, et lege Cornelia, pendent ex iis quæ diximus in §. 5. *quib. mod. jus pat. pot. solv.*

2 "In Hispania probata est „sententia *hujus* §. in *l.* 6. *tit.* 29. „*P.* 2. Cæterum cum nostrates „Hispani duntaxat servitutem fa„cti pati possimus per ea quæ „diximus in §. 3. *de jure pers.* „nobis in potestate Mahumeda„norum existentibus permissum „erit testamentum condere. Vide „D. Covarr. in *cap. Peccatum,* „*part.* 2. §. 11. *num.* 6.

3 „Illud quoque in Hispania „speciale est, ut facultas testan„di alteri committi possit: eo „modo quem late exponimus in „*nostra Illustratione, lib.* 2. *tit.* 4. „*num.* 10. *et seqq.*"



TITULUS DECIMUSTERTIUS.

DE EXHÆREDATIONE LIBERORUM.

D. Lib. 28. *Tit.* 2. *C. Lib.* 6. *Tit.* 28. *et* 29. *nov.* 115. (1).

1 Hactenus de personis, quibus jure publico potestas testamenti faciendi data aut denegata est: item de modo testandi, sive externis testamenti solemnitatibus comparatis ad firmandam testationis fidem: sequitur tertium, res, quas in ipso testamento inseri et caveri oportet, ut justum ratumque habeatur; quam intrinsecam testamenti solemnitatem appellare possumus. Estque duplex: una communis omnium testatorum, hæredis scilicet institutio; altera quorundam duntaxat propria, et maxime parentum, qui liberos in potestate habent, videlicet eorum liberorum exhæredatio, si ipsi hæredes non instituantur: de quo idcirco etiam inter cætera, quæ ad ordinanda testamenta necessario desiderantur, præcipiendum fuit, *l.* 30. *hoc tit. de lib. et posth. hær. inst. vel exhær.* Exhæredare est: *Eum, qui alioqui hæres futurus erat, ab hæreditate repellere* (2). Et de solis suis hæredibus proprie dicitur, qui nisi removerentur, ipso jure hæredes existerent, et vivo adhuc patre quodammodo domini existimantur, *l.* 11. *hoc tit.* de extraneis per abusionem. Jure civili antiquo non erat in omnibus liberis, etiam iis, qui in potestate erant et sui hæredes, exhæredatio æque necessaria; nec omissæ idem semper effectus: ritu quoque variabat pro sexu, pro gradu, prout nati jam liberi, aut nondum nati essent tempore facti testamenti: quæ omnia diligenter *hic* Imperator exequitur: deinde subjicit, quid ipse novi juris constituerit. Ad extremum agit de præteritione, quæ vim exhæredationis habet.

2 "In Hispania hæredis institutio necessaria non est ut testamentum valeat, *l.* 1. *tit.* 18. *lib.* 10. *Nov. Recop.*"

TEXTUS.

Jus vetus de liberis in potestate.

Non tamen, ut omnino valeat testamentum, sufficit hæc observatio, quam supra exposuimus: sed qui filium in potestate habet, curare debet, ut eum hæredem instituat, vel exhæredem eum nominatim faciat: alioqui si eum silentio præterierit, inutili-

(1) *Tit.* 7. *P.* 6.

(2) *L.* 1. *d. tit.* 7. *P.* 6.

ter testabitur: adeo quidem, ut si vivo patre filius mortuus sit, nemo hæres ex eo testamento existere possit: quia scilicet ab initio non constiterit testamentum. Sed non ita de filiabus, et aliis per virilem sexum descendentibus liberis utriusque sexus antiquitati fuerat observatum: sed si non fuerant scripti hæredes scriptæve, vel exhæredati exhæredatæve, testamentum quidem non infirmabatur, jus tamen accrescendi eis ad certam portionem præstabatur. Sed nec nominatim eas personas exhæredare parentibus necesse erat, sed licebat inter cæteros hoc facere. Nominatim autem quis exhæredari videtur si ita exhæredetur: Titius filius meus exhæres esto: *sive ita:* Filius meus exhæres esto, *non adjecto proprio nomine, scilicet, si alius filius non extet.*

COMMENTARIUS.

1 Refertur *hic* differentia, quæ in re proposita olim observabatur in sexu et gradu liberorum jam natorum. Meliore cæteris jure erat filius in potestate constitutus: siquidem hic solus à patre necessario, aut hæres instituendus, aut exhæredandus erat, ut testamentum subsisteret, quod alioqui jure civili prorsus inutile erat et nullius momenti, *l. 30. hoc tit. et hoc text.* Huic autem juri hæc sunt consequentia: Primum: quod etiam *hic* expressit Justinianus, ex tali testamento hæredem non posse existere, etiamsi filius præteritus vivo adhuc patre decesserit, propter regulam Catonianam, quæ sic definit: *Quæ institutio inutilis foret, si statim post testamentum factum decessisset testator, ea non debet ideo valere, quia diutius vixerit, l. 1. de reg. Cat. l. pen. de div. reg. jur.* et generaliter quod initio vitiosum est, non potest, tractu temporis convalescere, *l. 29. eod.* Secundum: per hujusmodi testamentum non rumpi id, quod antea à patre legitime factum est, *l. 7. hoc tit. §. 2. et pen. inf. quib. mod. test. inf.* Tertium: non sustineri hoc testamentum ob id, quod pater filio legatum quantumvis amplum reliquerit: nam utrum filius præteritus sit, necne, non ex legati datione, sed ex institutione aut exhæredatione æstimatur, prætertitique omnes in hac materia habentur, qui neque hæredes instituti, neque ut oportet, exhæredati sunt. Quartum: quod etiamsi filius vel ante testamentum vel in ipso testamento præteritioni consenserint, nihilo tamen magis subsistere possit: quia forma paterni testamenti jure publico præscripta id modis omnibus exigit quod jus privatorum consensu mutari non potest, *l. 3. qui test. fac.* junct. *l. 38. de pact.* cum *simil.* Vid. tamen Anton. Fabr. C. *suo de lib. præt defin. 6.*

2 (*Exhæredem eum nominatim faciat*). Non quævis exhæredatio summovebat liberos ab hæreditate patris, sed quæ rite facta esset; non rite exhæredati pro præteritis habebantur, *l. 8. §. 2. cont.*

tab. In ritu autem discrimen non faciebat sexus aut gradus, nisi quod hoc proprie in filio observandum erat, ut nominatim exhæredaretur, quod in reliquis non erat necessarium, ut statim audiemus.

3 (*Sed non ita in filiabus, et aliis per virilem sexum descendentibus*). Non uti olim filio, ita et filia, aut nepote nepteve ex filio (ex filia nati huc non pertinent, §. *ult. infr. eod.*) præteritis, testamentum inutile erat: sed firmo manente testamento jus accrescendi ad certam portionem his dabatur, ut quasi et ipsi scripti scriptæve essent, numerum hæredum augerent, *l. ult. C. hoc tit.* Ulpian. *tit.* 22. §§. 12. 15. *et* 16. Accrescebant autem hæ personæ hæredibus scriptis cum damno, hoc est, portionem hæreditatis accrescendo iis auferebant; ut longe diversum hoc jus fuerit ab eo jure accrescendi, quo res accrescunt: quod fit cum emolumento, cum scilicet non petentium partes accrescunt petentibus, seu portio omissa portioni agnitæ: de quo, volente Deo, tractabimus §. 8. *infra de legat.* Ad quam autem partem accrescerent, habes apud Ulp. in *fragm. tit.* 22. §. 17. et Paul. 3. *sent.* 4. §. 21.

4 (*Licebat inter cæteros hoc facere*). Hoc modo: *Titius filius meus hæres esto, cæteri exhæredes sunto.* Effectus hic erat, ut ita exhæredati exhæredatæve scriptis hæredibus non accrescerent, quod præteritis tribuebatur, nec à Prætore contra tabulas ad bonorum possessionem vocarentur, *l.* 8. *contra tab. in pr.* Tantum supererat, ut testamentum inofficiosum dicerent, si nec quartam debitæ portionis accepissent, *l.* 8. §. 8. *de inoffic test.* Cæteras leges exhæredationis, ut pure fiat, *l.* 3. §. *eod.* (1), junct. *l.* 18. *contr. tab.* ut simpliciter, non ex re certa, *l.* 19. *hoc tit.* (2), ut ab omnibus gradibus, *d. l.* 3. §. 2. *et seqq. eod.* vide D. Perez in *C. hoc titul. num.* 9. *et* 10. etiam in filiabus et natis ex filio locum habuisse existimo, iisque neglectis, non rite exhæredationem factam, et pro præteritione habitam fuisse.

5 (*Si alius filius non extet*). Nam si plures sint filii, benigna interpretatione potius à plerisque respondetur, nullum exhæredatum esse, *l.* 2. *hoc tit.* Demonstratio autem ac definitio sufficit, quamvis nomen taceatur; aut etiam filium dicere pater pepercerit; veluti si ex Seja natum dixerit, aliterve eum descripserit, vel cum convitio, *l.* 3. *in pr. eod.* (3). Nam sermo omnis, ut in universum dicam, quo dilucide designatur persona, de qua quis loquitur, exhæredationem nominatim facit, arg. *l.* 34. *de cond. et dem.* Summa igitur discriminis, quod inter liberos jam natos fuit, hæc est: quod præteritio filii testamentum infirmabat: quod non nominatim exhæredatus pro præterito habeba-

(1) *L.* 3. *tit.* 7. *P.* 6.
(2) *D. l.* 3. *in fin.*
(3) *D. l.* 3. *tit.* 7. *P.* 6.

tur: at cæteri præteriti, manente testamento, scriptis hæredibus accrescebant, et quamvis non nominatim exhæredati, tamen si cætera observata essent, pro rite exhæredatis habebantur.

TEXTUS.

De posthumis.

1 *Posthumi quoque liberi, vel hæredes institui debent, vel exhæredari. Et in eo par omnium conditio est, quod et filio posthumo, et quolibet ex cæteris liberis, sive fœminini sexus sive masculini præterito, valet quidem testamentum, sed postea agnatione posthumi sive posthumæ rumpitur, et ea ratione totum infirmatur. Ideoque si mulier, ex qua posthumus aut posthuma sperabatur, abortum fecerit, nihil impedimento est scriptis hæredibus ad hæreditatem adeundam. Sed fœminini quidem sexus personæ vel nominatim vel inter cæteros exhæredari solebant: dum tamen, si inter cæteros exhæredarentur, aliquid eis legaretur. ne viderentur præteritæ esse per oblivionem. Masculos vero posthumos, id est, filios et deinceps, placuit, non aliter recte exhæredari, nisi nominatim exhæredarentur, hoc scilicet modo*: Quicunque mihi filius genitus fuerit, exhæres esto.

COMMENTARIUS.

1. Dictum est de liberis suis hæredibus, qui tempore testamenti facti jam nati sunt: sequitur de posthumis. Hi autem proprie dicuntur posthumi: *Qui post mortem parentis nascuntur, l.* 3. §. 1. *de inj. rup. et irr. fac. test.* Varro *lib.* 4. et Festus *lib.* 15. Sed in hoc, de quo tractamus, argumento, etiam illi: *Qui nondum nati sunt eo tempore, quo parens testamentum condit*; quamvis eo adhuc vivo postea nascantur, *l.* 3. §. 1. *l.* 12. *in pr. de injust. rupt. test.* (1). Inter hos et liberos jam natos tempore quo fit testamentum, quadruplex discrimen *hic* animadvertitur. Primum est: quod posthumis præteritis, cujuscunque gradus aut sexus sint, testamentum ab initio jure consistat (2), cum præterito filio superstite testamentum injustum sit et nullum, *l.* 1. *et d. l.* 3. §. *de injust. rupt.* Secundum: quod posthumi omnes, sive masculi sive fœminæ, si hæredes non instituantur, exhæredandi sunt; præteriti agnascendo testamentum rumpunt et totum infirmant; filiæ autem natæ et nepotes ex filio præteriti non rumpunt, sed scriptis hæredibus ad certam portionem accrescunt, ut dictum *text. præc.* Tertium: quod posthumis filiabus inter cæteros exhæredatis, pater aliquid legare cogitur, jam natis non item. Quartum: quod posthumi masculi non tantum primi gradus, sed etiam inferiorum, nominatim exhæredandi sunt; quod non est necesse in nepotibus tempore testamenti natis.

2 (*Valet quidem testamentum, sed postea agnatione rumpitur*).

(1) *L.* 20. *tit.* 1. *P.* 6.

(2) *D. l.* 20. *tit.* 1. *P.* 6.

¿Cur vero sexus et gradus non æque in posthumis distinguitur, ut in liberis natis; placetque non minus agnatione filiæ posthumæ præteritæ aut nepotis, quam filii, testamentum rumpi? Nimirum cum benigne atque humaniter, quoad fieri potest, de parentum in liberos voluntate sentiendum sit; judicarunt Consulti, testatorem vel ignorasse conceptionem, vel conceptum, et nondum editum per oblivionem præteriisse. Adhæc, incertum est, filius in utero sit, an filia.

3 (*Abortum fecerit*). Hinc petenda ratio, cur posthumo præterito placeat testamentum ab initio valere: nimirum quia fieri potest: ut non nascatur, abortum faciente muliere, ex qua sperabatur, *l. 2. C. de post hær.* Atque hactenus ergo nec pro nato habetur; frustraque objicitur, eum, qui in utero est, quoties de commodo ejus agitur, pro eo qui in rebus humanis sit, haberi, *l. 7. l. pen. de stat. hom.* Nullum enim hic incommodum sentit, cum statim ut editus est, testamentum rumpat: et regula ista sic temperanda est, si modo postea nascatur; tunc enim fictione juris nativitas retrotrahitur. Quandiu vero quis in utero est, proprie nondum homo vel animal est, *l. 9. §. 1. ad leg. Falcid.* sed spes tantum animantis, *l. 2. de mort. infr.* nec in potestate patris antequam nascatur, *l. ult. de collat.* ac proinde qui mortuus editus est, neque natus, neque procreatus videtur, quia nunquam filius appellari potuit, *l. 129. de verb. sign.* Sed etsi mulier monstruosum aliquid aut prodigiosum enixa sit, placet testamentum non rumpi, *l. 3. C. de post hær.* quia liberi non sunt, qui contra formam humani generis procreantur, *l. 14. de stat. hom.* (1).

4 "In Hispania, ut filius „posthumus præteritus testamen„tum rumpat, necesse est, ut „totus vivus nascatur, et insu„per 24. horas vixerit, baptiza„tusque fuerit, aliter partus abor„tivus censebitur; uti dum na„scitur filius eo tempore, quo „naturaliter vivere nequit, quam„vis tria modo laudata concur„rant, *l. 2. tit. 5. lib. 10. N. Rec.* „(13. *Tauri*). Quodnam autem sit „hoc, tempus disce ex *l. 4. tit. 23.* „*P. 4.* Et nota insuper, nullo mo„do posse apud nos posthumum „exhæredari, *l. 6. tit. 5. P. 5.*"

TEXTUS.

De quasi posthumis.

2 *Posthumorum autem loco sunt et hi, qui in sui hæredis locum succedendo, quasi agnascendo fiunt parentibus sui hæredes: ut ecce, si quis filium, et ex eo nepotem neptemve in potestate habeat, quia filius gradu præcedit, is solus jura sui hæredis habet, quamvis nepos quoque et neptis ex eo in eadem potestate sint. Sed si filius ejus vivo eo moriatur, aut qualibet alia ratione exeat de potestate ejus, incipe*

(1) *L. 8. tit. 13. P. 6. vers.* E otrosí, *l. 5. tit. 23. P. 4.*

nepos neptisve in ejus locum succedere, et eo modo jura suorum hæredum quasi agnatione nanciscitur. Ne ergo eo modo rumpatur ejus testamentum, sicut ipsum filium, vel hæredem instituere, vel nominatim exhæredare debet, ne non jure faciat testamentum: ita et nepotem neptemve ex filio necesse est ei vel hæredem instituere, vel exhæredare, ne forte eo vivo, filio mortuo succedendo in locum ejus nepos neptisve quasi agnatione rumpat testamentum. Idque lege Julia Velleja provisum est: in qua similis exhæredationis modus ad similitudinem posthumorum demonstratur.

COMMENTARIUS.

1 Posthumi, de quibus egimus in §. *præcedent.* testamentum in quo præteriti sunt, agnascendo rumpunt. In *hoc* vero agitur de illis qui quasi agnascendo illud infirmant: quare eos quasi posthumos appellare licet. Huc pertinent nepotes quos pater præcedit: qui post factum testamentum adoptantur (1): et posthumus Cornelianus: *qui capto ab hostibus patre natus est in civitate*: de quo in *l.* 15. *de injust. rupt. test.* Descriptus fere ad verbum *hic locus* est ex Cajo *l.* 13. *de injust. rupt. test.*

2 (*In sui hæredis locum succedendo, quasi agnascendo*). Nepotes præteriti, qui demum post factum testamentum nascuntur patre mortuo, avo testatore superstite, non succedendo in locum patris et sui hæredis, sed agnascendo testamentum rumpunt. Nascuntur enim sui hæredes, non fiunt successione, et ideo pertinent ad §. *præced.* et ad caput primum legis Vellejæ, quod Imp. *hic* non tangit. At illi, de quibus *hoc loco*, et in *d. l.* 13. sermo est, et scilicet, qui jam nati sunt, quo tempore avus testamentum facit, sed quibus pater et suus hæres obstat, quominus et ipsi jura sui hæredis habeant, illi, inquam, præteriti, si vivo adhuc avo pater eorum suus hæres esse desierit, testamentum rumpunt succedendo, hoc est, subeundo locum patris prædefuncti aut emancipati, non agnascendo (quoniam agnasci proprie dici non possunt qui ante testamentum nati sunt), sed quasi agnascendo, propterea quod successione in locum sui hæredis, sui hæredes fiunt: nimirum quemadmodum velut posthumus aut posthumi loco habetur, qui in jus sui hæredis succedit, ita et successio ejus velut quædam agnatio.

3 (*Lege Julia Velleja provisum est*). Legis hujus duo præcipua capita fuisse docet nos Scævola in famosa *l. Gallus* 29. §. 11. *et seqq. hoc tit.* quorum uno permissum fuit, institui posthumos etiam alienos dummodo sui nascerentur, licet vivo adhuc testatore: altero cautum, ne nepotes in locum sui hæredis succedentes testamentum rumperent, in quo ipsi instituti essent vel exhæredati: cujus posterioris capi-

(1) *D. l. 20. tit. 1. P. 6.*

tis explicatio à Justiniano *hoc loco* tradita est verbis Caji in *l.* 13. *de injust. rupt. test.* Nihil adhuc intelligimus, nisi sciamus, cur in eas res lata fuerit lex Velleja, et quid ea permisserit non permissum jure antiquiore. Exponam autem paucis, quid in re obscura sentiam. Cum lege XII. Tab. ita cautum esset: *Uti quisque legassit suæ rei, ita jus esto*, *l.* 120. *de verb. sign.* hæc legis verba, *uti legassit*, sic Prudentes interpretati sunt, uti quisque certo consilio ac judicio statuerit, decreverit aut imperaverit, quid de re pecuniaque sua post mortem suam fieri velit. Absurdum enim visum fuit, eam testatoris voluntatem jus facere aut ratam haberi, quæ nec consilio nec judicio certo regeretur. Hinc ex sententia legis persona incerta, hoc est, quam incerta opinione animo suo testator subjiciebat, neque hæres institui, neque legatum ex testamento capere poterat, §. 25. *infr. de legat.* Ulpian. *tit.* 22. §. 3. ubi et eandem hanc ejus rei rationem reddit, quoniam certum esse debet consilium testantis.

4 His porro consequens est, nec eum, qui in utero est, ex ejusdem legis sententia hæredem potuisse institui, utpote qui et ipse persona incerta habebatur, propterea credo, quod incertum est, an nasciturus aliquando sit, necne; masculus, an fœmina; unus, an plures nascituri. Et quanquam quoad legitimas hæreditates posthumus pro jam nato semper habitus est, *l. pen. de stat. homin.* id tamen ob rationem, quam diximus, non obtinebat in hæreditate testamentaria. Cum igitur ea ratione eveniret, ut sive institutus, sive exhæredatus, sive præteritus esset is posthumus, qui suus hæres testatori nasciturus erat, testamentum agnascendo rumperet, et in totum voluntatem testatoris everteret, paulatim disputatione fori introductum ad conservanda suprema hominum judicia, ut et in testamentaria successione posthumi sui, hoc est, qui si tempore testamenti nascerentur inter suos hæredes futuri, et præteriti testamentum omnimodo rupturi essent, pro natis haberentur, instituique atque exhæredari possent: quod Cajus quodammodo significat *lib.* 2. *tit.* 3. §. 2. ubi de institutione et exhæredatione posthumorum agens ait, in ea etiam re legitime conceptos pro natis haberi.

5 In alieno posthumo nihil visum cur à ratione juris veteris recederetur: quippe cujus institutio necessaria non est, cum natus testamentum nunquam rumpat. At enimvero quia fieri potest, ut qui tempore testamenti alienus est, suus tamen nascatur, atque ita rumpat (nam cum quæritur, an testamentum agnatione rumpatur, non conceptionis tempus, sed nativitatis inspicitur), Gallus Aquilius induxit (non legem ferens, ut perperam Viglius, sed quod nemo ante eum observaverat, ostendens), posse etiam eos posthumos, et nimirum nepotes, qui testamenti quidem tempore alieni sunt, subducto autem patre, sui hæredes avo nascerentur, hæredes

institui sine fraude ejus juris, quo placebat, posthumos alienos hæredes institui non posse. Quam in rem concepit hujuscemodi formulam: *Filius meus hæres esto. Si filius meus vivo me morietur: tunc si quis mihi ex eo nepos post mortem meam in decem mensibus proximis, quibus filius meus moreretur, natus erit, hæres esto*, *l.* 29. *hoc tit.* Dices, nepotem hic institutum esse posthumum alienum. Fatebor, si simpliciter consideretur ut posthumus, quia si tempore testamenti facti nasceretur, non esset suus hæres avo testatori. Negabo, si ut posthumus Aquilianus, sive eo modo, quo à Gallo instituitur, qui institutionem hujus nepotis confert in id tempus, quo suus erit: ea vis est articuli *tunc*, quod temporis extremitatem significat, *l.* 4. §. 1. *de com. et dem.* Hoc igitur modo consideratus, non alienus, sed suus est, et salva ratione juris veteris juxta formulam Aquilianam instituitur.

6 Adhuc posthumi vivo testatore nati institutio inutilis erat: atque ut utilis foret provisum est lege Velleja, cujus ea duo fuere capita, quæ modo retulimus *n.* 3. Plura qui nosse desiderat, adeat commentaria, quæ in *d. l. Gallus* 29. extant, doctissimorum hominum, Salomonii, Goveanii, Cujacii, Duareni, Alciati, *lib.* 3. *paradox. cap.* 2. *et seqq.* Anton. Fab. *lib.* 9. *conject. per tot.* et multis *capitibus lib.* 10.

7 "In Hispania licet nepotes non sint in potestate avi, ut vidimus in §. 3. *de patr. pot.* instituendi vel exhæredandi erunt ab eo, si pater illorum, avo vivente, decesserit; cum patria potestas insuper apud nos habeatur in hoc argumento, ut mox trademus in §. 5. *hoc tit.*"

TEXTUS.

De emancipatis.

3 *Emancipatos liberos jure civili neque hæredes instituere, neque exhæredare necesse est: quia non sunt sui hæredes. Sed Prætor omnes tam fœminini sexus quam masculini, si hæredes non instituantur, exhæredari jubet; virilis sexus nominatim, fœminini vero inter cæteros; quia si neque hæredes instituti fuerint, neque ita (ut diximus) exhæredati, promittit eis Prætor contra tabulas testamenti bonorum possessionem.*

COMMENTARIUS.

1 (*Quia non sunt sui hæredes*). Liberi emancipati exeunt è familia et potestate patris, §. 6. *supra quib. mod. jus pat. pot. solv.* ac sui juris ita effecti propriam familiam habere incipiunt, *l.* 195. §. 2. *de verb. sign.* Itaque jus omne, quod in familia patris antea habebant, amittunt: desinunt esse sui hæredes et agnati, quos solos ad successionem ab intestato lex vocat propter familiarum conservationem: denique pro alienis et extraneis jure civili habentur, *l.* 6. §. 1. *de bon. poss.* §. 3. *infr. de hær. qual.* Quo posi-

to sequitur nec ullam eo jure patri necessitatem imponi liberos emancipatos vel instituendi, vel exhæredandi, eorumque præteritione testamentum injustum aut nullum non esse.

2 (*Prætor, si hæredes non instituantur, exhæredari jubet*). Quamvis jure civili deficiant liberi, qui propter capitis deminutionem, hoc est, emancipationem, desierunt esse sui hæredes; tamen Prætor naturali æquitate motus, rescindit eorum capitis deminutionem, *l.* 6. §. 1. *de bon. poss.* Et si testamento facto præteriti sunt, pollicetur eis bonorum possesionem contra tabulas, *l.* 1. et passim *de bon. poss. contr. t. b.* et cum suis quoque hæredibus ab intestato eos vocat ad bonorum possessionem Unde liberi, *d. l.* 6. §. 1. Itaque cum effectu juris emancipati beneficio Prætoris tantum consequantur, quantum sui (bonorum enim possessio re ipsa et effectu juris ab hæreditate nihil differt, *l.* 1. *l.* 2. *de bon. poss.*) ideo ait, jubere Prætorem emancipatos quoque liberos hæredes institui aut exhæredari. Et notandum, quod Jurisconsultus in *d. l.* 6. §. 1. *eod. tit.* ait, Prætorem rescindere eorum capitis deminutionem post mortem patris. Ex quo intelligimus, emancipatos non simpliciter ut emancipatos, sed sub colore quodam suitatis à Prætore admitti, quasi de potestate nunquam exiissent. Etenim rescissa capitis deminutione quodammodo in integrum et in pristinum statum restituuntur, fac *l.* 3. §. 5. *contr. tab. et ibi.* Glossa.

3 "Quod ad *Hispaniam* attinet, vide quæ dicimus in §. 5. *hoc tit.*"

TEXTUS.

De adoptivis.

4 *Adoptivi liberi, quandiu sunt in potestate patris adoptivi, ejusdem juris habentur, cujus sunt justis nuptiis quæsiti. Itaque hæredes instituendi, vel exhæredandi sunt secundum ea, quæ de naturalibus exposuimus. Emancipati vero à patre adoptivo neque jure civili, neque eo jure, quod ad edictum Prætoris attinet, inter liberos connumerantur. Qua ratione accidit, ut ex diverso, quod ad naturalem parentem attinet, quandiu quidem sunt in adoptiva familia, extraneorum numero habeantur, ut eos neque hæredes instituere, neque exhæredare necesse sit: cum vero emancipati fuerint ab adoptivo patre, tunc incipiant in ea causa esse, in qua futuri essent, si à naturali patre emancipati fuissent.*

COMMENTARIUS.

1 Cum adoptio æque liberis adoptatis tribuat jus et nomen filiorumfamil. suorumque hæredum, ac natura naturalibus, *l.* 1. et passim *de adopt.* consequens omnino est, ut ipsi non minus, quam liberi naturales hæredes institui debeant aut exhæredari; atque ut præteriti idem jus habeant circa parentum testamenta infirmanda, quod natura-

les habent, *l. 1. in pr. contr. tab.*

2 (*Cum emancipati fuerint ab adoptivo patre, tunc incipiant &c.*). Quoniam emancipatio à patre adoptivo nihil in ejus familia juris retinent, ne utriusque parentis successione fraudentur, voluit Prætor, eos jus familiæ naturalis recuperare, *l. 4. unde lib.* hoc est, eo jure haberi, ac si à vero et naturali patre emancipati essent, inque eo statu semper mansissent, ut nisi hæredes instituti aut exhæredati fuerint, bonorum possessionem contra tabulas petere possint.

TEXTUS.

Jus novum.

5 *Sed hæc quidem vetustas introducebat. Nostra vero constitutio inter masculos, et fœminas in hoc jure nihil interesse existimans: quia utraque persona in hominum procreatione simili naturæ officio fungitur, et lege antiqua XII. Tabularum omnes similiter ad successionem ab intestato vocabantur, quod et Prætores postea secuti esse videntur: ideo simplex ac simile jus, et in filiis, et in filiabus, et in cæteris descendentibus per virilem sexum personis, non solum jam natis, sed etiam posthumis introduxit, ut omnes sive sui, sive emancipati sint, vel hæredes instituantur, vel nominatim exhæredentur: et eundem habeant effectum circa testamenta parentum suorum infirmanda, et hæreditatem auferendam, quem filii sui, vel emancipati habent, sive jam nati sint, sive adhuc in utero constituti, postea nati sint. Circa adoptivos autem filios certam induximus divisionem, quæ in nostra constitutione, quam super adoptivos tulimus, continetur.*

COMMENTARIUS.

1 Hucusque relatio juris antiqui: sequitur novum introductum constitutione Justiniani, quæ extat *l. ult. C. hoc tit.* qua ille constitutione sustulit veterem in re, de qua disputamus, differentiam sexus et gradus liberorum, natorum et posthumorum, jussitque omnes, sive mares sint, sive fœminæ, sive filii, sive nepotes, sive jam nati, sive adhuc nascituri, æquabiliter vel institui vel exhæredari, sive de jure civili quæratur, sive de jure prætorio. Triplicem autem *hoc loco* causam affert, qua motus novum hoc jus constituerit; quæ tamen in summa una est, favor sexus fœminei.

2 (*Et in filiis, et in filiabus, et in cæteris, non solum jam natis, sed etiam posthumis*). His verbis tollitur tota illa veteris juris differentia circa effectum præteritionis, et formam exhæredationis, quæ ratione sexus et gradus observabatur tam in liberis natis, quam posthumis, et in *præcedentibus* §§. relata est: et omnes liberi, qui primum locum occupant in familia, vel instituendi vel nominatim exhæredandi sunt, alias testamentum erit nullum si fuerint nati, vel rumpetur nativitate si posthumi, ut o-

lim obtinebat in filiis, quorum jus commune factum est filiabus et nepotibus. Hæc autem exæquatio etiam jure prætorio observanda, et emancipatos complectitur, *d. l. ult. vers. sancimus, et seq. C. hoc tit.*

3 (*Ut omnes sive sui, sive emancipati sint, &c*). Palam est, his verbis: *Ut omnes sive sui, sive emancipati, eundem habeant effectum, quem filii sui, vel emancipati habent*, non comparari emancipatos cum suis, sed cum filiis suis cæteros suos liberos; cum filiis emancipatis cæteros emancipatos eorumque masculorum liberos; cum sexu virili sexum fœmineum; cum gradu primo gradus inferiores: ac proinde non hoc velle Justinianum, ut emancipati sublata necessitate auxilii prætorii redigantur ad conditionem filiorum suorum; verum ut filiæ, nepotes, neptes, et deinceps per virilem sexum descendentes, redigantur ad conditionem filiorum, sui et suæ ad suorum, et jus quod illi habent jure civili; alii aliæve ad instar emancipatorum, et jus quod illi habent jure prætorio; ut sui suæve, præteriti præteritæve, aut nominatim non exhæredati exhæredatæve, ad instar filii sui testamentum ipso jure evertant; alii aliæve ad instar filii emancipati per contra tabulas bonorum possessionem stare hoc non patiantur: quibus fere verbis ipse Justinianus utitur in *dict. sua constitutione, vers. sancimus*. In summa, hæc exæquatio à Justiniano facta non respicit personarum classes; sed duntaxat personas in eis contentas: unde manent etiam hodie inter se distinctæ tres liberorum classes, nimirum natorum, posthumorum, et emancipatorum: nulla vero distinctio superest inter ejusdem classis personas, sed omnes in propria classe eodem jure censentur, ac olim liberi masculi primi gradus.

4 (*Circa adoptivos certam induximus divisionem*). *l. pen. C. de adop.* cujus sententia refertur *§. 2. supra de adopt.*

5 "In Hispania instituendi „vel nominatim exhæredandi sunt „descendentes seu liberi testatoris quos nemo præcedit, sive in „potestate existant, sive extra „eam, *l. 3. tit. 7. P. 6. l. 1. tit. 8.* „*ead. P.* iisque præteritis testa„mentum nullum erit, *d. l. 1.* „*l. 10. tit. 7. ead. P.* Sed et ascen„dentes similiter instituendi vel „exhæredandi sunt, *d. l. 1.* descen„dentibus tamen non extantibus, „*l. 1. tit. 20. l. 10. N. R.* quæ ea„dem est cum *l. 6. Tauri.* Vide „Gom. *lib. 1. var. cap. 11. n. 36.*"

6 "Hodie tam post *leg. 1. t.* „18. *l. 10. N. R.* in qua vali„dum pronunciatur testamentum „hæredis institutionem non con„tinens, probabilius videtur su„stinendum esse testamentum, in „quo testator cum liberis dece„dens, nullum omnino hæredem „scripserit; quasi hoc casu liberi „ipsi instituti videantur, debeant„que legata præstare, quatenus „eorum legitimam non minuant: „proindeque manebunt firmæ me„liorationes tertii et quinti in eo „factæ alicui ex descendentibus,

» ut expresse statui *l.* 8. *tit.* 6. » *l.* 10. *N. R.* (24. *Tauri*). Hæc » ita intellige, nisi testator ignorans descendentem præterierit: » tunc etenim testamentum corrueret quoad omnia, ex defectu voluntatis testatoris, ut bene probat Gom. in *d. l.* 24. *num.* 3. » Vide, atque huc accommoda ea » quæ de milite prætereunte liberos suos dicimus *infr.* §. *seq. hoc* » *tit. num.* 2. Si vero hæredem instituerit aliquem, præteritio descendentis vel ascendentis cujusvis, qui testatoris fuerit necessarius hæres (juxta ea, quæ » in *titulo de hæredum qual. et* » *dif.* trademus), non patietur » testamentum subsistere: quia in » casu isto correctæ non sunt *dd.* » *Partitarum leges*, quæ ob præteritionem liberorum testamenta declarant nulla, Matien. in » *d. l. gloss.* 10. *n.* 49. Pichar. » in §. *igitur quartam de inoff.* » *testam. á num.* 14. et præcipue » *num.* 26. Ayllon ad Gom. *lib.* 1. » *var. cap.* 11. *n.* 2. Vide Molin. » *de Hispan primog. lib.* 2. *cap* 15. » *num.* 16. cum *seqq.* De adoptivis agimus *infra.* §. 7. *hoc tit.*"

TEXTUS.

De testamento militis.

6 *Sed si in expeditione occupatus miles testamentum faciat, et liberos suos jam natos, vel posthumos nominatim non exhæredaverit, sed silentio præterierit, non ignorans, an habeat liberos, silentium ejus pro exhæredatione nominatim facta valere, constitutionibus Principum cautum est.*

COMMENTARIUS.

1 Militibus jure militari testantibus seu in expeditione occupatis, ut ait *textus*, non solum remissæ sunt solemnitates illæ externæ, numeri testium, rogationis, obsignationis, subscriptionis, contextus, quas cives omnes jure communi testamentum facientes observare tenentur: sed etiam intrinseca hæc, quæ ad parentes testantes pertinet, liberorum scilicet vel institutio vel exhæredatio; placetque, præteritionem militis, dum non ignoret se liberos habere, aut uxorem prægnantem esse, obtinere vim exhæredationis, *l.* 9. *et l. seq. C. de test. mil.* ad quem effectum respiciens Ulpian. dixit, militem silentio exhæredare, *l.* 12. *de bon. libert.*

2 (*Non ignorans, an habeat liberos*). Quod militis præteritio pro exhæredatione habeatur, voluntati ejus tributum est, quæ sola testamentum sustinet et pro jure servatur, *l.* 1. *de test. milit.* Ut autem voluntas exhæredandi obscura non est, ubi quis scit se habere liberos, iisque silentio præteritis alios hæredes instituit; ita contra deesse illa voluntas intelligitur, ubi cum id nesciret, forte quod falso rumore perlatum esset, eos in rebus humanis esse desiisse, alios scripsit. Quod ex communi parentum omnium erga liberos affectu sumitur, quasi, quod omnino credendum est, si

scivisset se habere liberos, eos ipsos, non alios sibi hæredes scripturus fuisset, *d. l. 9. l. seq. C. eod. tit.* Quapropter pro diversitate liberorum per ignorantiam à milite præteritorum, aut testamentum hoc nullum dici poterit, aut rescindetur remedio prætorio, aut rumpetur agnatione, et tantum, ut nec legata ex eo præstanda sint, *l.* 30. §. 2. *de test. milit.*

TEXTUS.

De testamento matris aut avi materni.

7 *Mater vel avus maternus necesse non habent liberos suos aut hæredes instituere, aut exhæredare: sed possunt eos silentio omittere: nam silentium matris aut avi materni, et cæterorum per matrem ascendentium tantum facit, quantum exhæredatio patris. Neque enim matri filium filiamve, neque avo materno nepotem neptemve ex filia, si eum eamve hæredem non instituat, exhæredare necesse est, sive de jure civili quæramus, sive de edicto Prætoris, quo Prætor præteritis liberis contra tabulas bonorum possessionem promittit: sed aliud eis adminiculum servatur, quod paulo post vobis manifestum fiet.*

COMMENTARIUS.

1 Quod militis præteritio vim exhæredationis habet, ex privilegio est: quod matris et avi materni, facit liberorum conditio, qui matri et avo materno jure civili pro extraneis sunt, §. 3. *infr. de hær. qual.* Nimirum lex civilis, quæ magis familiarum conservationem spectavit, quam naturam, non eodem modo materna bona liberis addicit, ut paterna; non sic filius maternæ quoque dotis, viva adhuc ea, dominus quodammodo existit, uti bonorum patris est. Quapropter si ea alium hæredem instituat filio præterito, nullam, quod ad eam legem attinet, injuriam filio facit, cum suum ei non adimat. Igitur quia mater suos hæredes non habet, et nepotes ex filia non sunt sui hæredes avo, ideo silentium matris et avi materni tantum facit, quantum exhæredatio patris. Et hoc, etiamsi ignoraverint se liberos habere, contra quam in milite prætereunte jus est, *l.* 27. §. *ult. et l. seq. de inof. test.*

2 (*Sive de edicto Prætoris*). Sed neque Prætor ad bonorum possessionem contra tabulas admisit præteritos à matre: quia non potuit eis aptare colorem suitatis, sub quo emancipatos à patre ad hujus successionem vocavit, *l. 6.* §. 1. *de bon. poss.*

3 (*Aliud eis adminiculum servatur*). Potuisset totidem verbis adminiculum istud indicare. Intelligit autem querelam inofficiosi testamenti. Agitur de hoc remedio seu adminiculo *infra tit.* 18.

4 "In Hispania, cum jus succedendi parentibus, eorumque testamenta infirmandi concedatur liberis sub naturali et generali nomine *descendentium*, *l.* 3. *tit.* 13. *l.* 3. *tit.* 7. *l.* 1. *tit.* 8. *P.* 6. *et l.* 1. *t.* 20. *l.* 10. *N. R.*

„incognita est distinctio, quam „jus Romanorum faciebat inter „descendentes ex masculis et fœ„minis, quibus proinde eadem ne„cessitas instituendi vel exhære„dandi liberos suos injungitur, ac „masculis. Eademque ratione na„turalis pater instituere vel exhæ„redare tenebitur filios, quos in „adoptionem dederit: qui simul „instituendi vel exhæredandi e„runt à patre adoptivo, si fuerit „hic eorum ascendens, *l.* 10. *t.* 16. „*P.* á. non alias, *l.* 9. *eod.* In pa„tre adrogatore necessitas vige„bit, ut in naturali, *l.* 8. *eod.*"

TITULUS DECIMUSQUARTUS.

DE HÆREDIBUS INSTITUENDIS.

D. Lib. 28. *Tit.* 5. *Cod. Lib.* 6. *Tit.* 24. (1).

1 Dictum hactenus de iis rebus, quas parentes cavere debent et testamento suo complecti, si id justum ratumque esse velint: sequitur nunc ipsum testamenti formale, hæredis scilicet institutio. Ea caput et fundamentum testamenti esse dicitur in §. 34. *infr. de legat.* propterea quod sine ea testamentum consistere non potest. Dicitur et testamentum ex ea sola robur ac firmamentum capere, quia ad vim testamenti nihil aliud requiritur, quam ut quis hæres institutus sit: utique extra necessitatem instituendi aut exhæredandi certas personas. Inde dictum, eum, qui neque legaturus quid est, neque quenquam exhæredaturus, posse tribus verbis testamentum facere, ut dicat: *Lucius hæres esto, l.* 1. §. 3. *hoc tit.* Hæredem instituere est: *Scribere vel nuncupare testamento, quem tibi velis bonorum et universi juris successorem esse* (2). Quibus verbis institutio fiat, parum refert, modo per ea liqueat voluntatis intentio, *l.* 15. *C. de testam.* (3): *quo loco* Constantinus abrogat differentiam, quam faciebat antiquitas inter verba directa et inflexa, auctore Ulpiano *tit.* 21.

2 "In Hispania, jam supra „diximus in *rubr. et* §. 5. *præ„ced. tit.* non esse necessariam „hæredis institutionem, ut testa„mentum valeat, ex *l.* 1. *tit.* 18. „*l.* 10. *N. R.*"

TEXTUS.

Qui possunt hæredes institui.

Hæredes instituere permissum est tam liberos homines, quam

(1) *T.* 3. *P.* 6.
(2) *L.* 1. *d. tit.* 3. *P.* 6.
(3) *L.* 6. *eod.*

servos; et tam proprios, quam alienos. Proprios autem olim quidem secundum plurium sententias non aliter quam cum libertate recte instituere licebat: hodie vero etiam sine libertate ex nostra constitutione eos hæredes instituere permissum est (1) *Quod non per innovationem induximus, sed quoniam æquius erat, et Atilicino placuisse Paulus suis libris, quos tam ad Masurium Sabinum, quam ad Plautium scripsit, refert. Proprius autem servus etiam is intelligitur, in quo nudam proprietatem testator habet, alio usumfructum habente. Est tamen casus, in quo nec cum libertate utiliter servus à domina hæres instituitur, ut constitutione Divorum Severi et Antonini cavetur, cujus verba hæc sunt:* Servum adulterio maculatum, non jure testamento manumissum ante sententiam ab ea muliere videri, quæ rea fuerat ejusdem criminis postulata, rationis est. Quare sequitur, ut in eundem à domina collata hæredis institutio nullius momenti habeatur. *Alienus servus etiam is intelligitur, in quo usumfructum testator habet.*

COMMENTARIUS.

1 (*Tam liberos homines, quam servos*). Inversio est: nam dicendum potius erat, *tam servos, quam liberos*: quomodo hoc expressit Cajus *l.* 31. *hoc tit.* quoniam de liberis res certior. De liberis autem hominibus nihil amplius *hic* traditur, quam quod hæredes institui possunt. ¿Et an ergo possunt omnes promiscue et sine exceptione? Nequaquam. Nam qui incestis nuptiis sese polluerunt illi nec se mutuo, nec propudiosam sobolem instituere possunt, *l.* 6. *C. de incest. nupt.* nec mulier adulterum suum, aut hic illam, *l.* 13. *l.* 14. *de his quæ ut indign.* Liberi naturales ex concubina nati, ex Justiniani *nov.* 89. *cap.* 12. unde *auth.* Licet *C. de nat. lib.* unicam tantum unciam ex patris testamento capere possunt, si superstites sint liberi legitimi: octo uncias, si soli superstites testatori parentes. Constitutione Leonis et Anthemii vetatur conjux conjugi secundo plus relinquere, quam uni ex liberis prioris matrimonii, et quidem cui minimum relinquit, *l.* 6. *C. de sec. nupt.* Porro Principum Christianorum constitutionibus vetantur hæredes institui apostatæ, *l.* 3. *C. de apost.* item hæretici, *l.* 4. *C. de hæret. et Manich.*

2 (*Et tam proprios, quam alienos*). Cum servis qua servis non est, testamenti factio, sed quatenus per eos hæreditas perventura est ad cives Romanus, aut ipsi cives futuri. Igitur in servo alieno persona domini spectatur, et sustinetur institutio, si dominus civis Romanus sit, et jus capiendæ hæreditatis habeat, perinde quasi ipse per servum institutus esset, *l.* 31. *hoc tit.* (2). Quod si mihi cum domino non sit testamenti factio, quia capere ex meo testamento vetatur, nec cum ser-

(2) *L.* 2. *d. tit.* 3. *P.* 6.

(2) *L.* 2. *tit.* 3. *P.* 6.

vo ejus erit; vide tamen quæ notamus ad §. 4. *infr. de hær. qual. et diff.* In servo autem proprio institutio eadem ratione defendi non potest, ut scilicet dicamus, eam sustineri ex persona domini; quippe qui ipse testator est: sed aut nulla erit, aut si eam valere volumus, necesse est, ut simul consequatur libertatem.

3 (*Olim non aliter, quam cum libertate, hodie etiam sine libertate*). Plerique veterum in ea sententia fuere, ut puatrent, servum proprium non aliter recte hæredem institui, quam cum libertate, non ausi per consequentiam datæ hæreditatis libertatem servo defendere ob rationem, quam indicavimus *supr. qui et ex quib. causis manum.* §. 2. Justinianus vero etiam omissa libertatis datione institutionem valere voluit, et perinde haberi, ac si simul liber esse jussus esset, *l. pen. C. de nec. serv. her.* quod cum humanitas et favor libertatis suadet, tum etiam voluntati testatoris consentaneum est: quippe qui hoc ipso quod servum suum hæredem esse vult, non obscure significat, velle se etiam, ut liber, sit (1); cum absque eo nec hæreditatem obtinere possit.

4 (*Quod non per innovationem*). Supra tamen §. 2. *qui et ex quib. caus. man.* profitetur, se id nova humanitatis ratione constituisse. Utrumque suo sensu verum est. Nihil innovavit, quatenus spectamus sententiam paucorum, inter quos et Atilicinus fuit, quibus jam olim, quod *hic* constituitur, placuit. At novum jus constituit, quatenus spectamus id, quod receptum erat ex plurium sententia, qui negabant, servum proprium sine libertate hæredem institui posse, Ulpian. *tit.* 22. §. 7. et 12. et sententiæ istius abrogationem.

5 "In Hispania quinam prohibeantur hæredes institui, late tractamus in *nostra Illustratione lib.* 2. *tit.* 5. *nn.* 1. 2. 3."

TEXTUS.

Si servus in eadem causa manserit, vel non.

1 *Servus autem à domino suo hæres institutus, siquidem in eadem causa manserit, fit ex testamento liber, hæresque ei necessarius. Si vero à vivo testatore manumissus fuerit, suo arbitrio adire hæreditatem potest: quia non fit hæres necessarius, cum utrumque ex domini testamento non consequatur. Quod si alienatus fuerit, jussu novi domini adire hæreditatem debet, et ea ratione per eum dominus fit hæres: nam ipse alienatus neque liber, neque hæres esse potest, etiamsi cum libertate hæres institutus fuerit: destitisse enim à libertatis datione videtur dominus, qui eum alienavit. Alienus quoque servus hæres institutus, si in eadem causa duraverit, jussu ejus domini adire hæreditatem debet. Si vero alienatus fuerit ab eo, aut vivo testatore, aut*

(1) *L.* 3. *eod.*

post mortem ejus antequam adeat, debet jussu novi domini adire. At si manumissus est vivo testatore, vel mortuo, antequam adeat, suo arbitrio adire potest hæreditatem.

COMMENTARIUS.

1 Quæ *hoc textu* traduntur clara sunt. Nota tamen, quod licet persona domini in servorum institutionibus inspiciatur, ut sit cum ea testamenti factio, quadantenus etiam personæ servi habetur ratio, ut et in legatis, *l.* 82. §. 2. *de legat.* 2. *l.* 82. *de adq. vel omitt. hæred.*

TEXTUS.

De servo hæreditario.

2 *Servus etiam alienus post domini mortem recte hæres instituitur: quia et cum hæreditariis servis testamenti factio est* (1). *Nondum enim adita hæreditas personæ vicem sustinet, non hæredis futuri, sed defuncti: cum etiam ejus, qui in utero est, servus recte hæres instituatur.*

COMMENTARIUS.

1 (*Non hæredis futuri, sed defuncti*). Hoc totidem quoque verbis traditur in *l.* 34. *de adq. rer. domin.* alibi simpliciter dicitur, hæreditatem obtinere defuncti locum, *l.* 31. *hoc tit. et infr. de stip. serv. in pr.* Apud Pomponium tamen contra scriptum legimus, hæreditatem interim sustinere personam hæredis, *l.* 24. *in fin. de novat.* quod et ratio juris efficere videtur. Siquidem qui postea hæres extitit, ex mortis tempore defuncto successisse intelligitur, sive quod idem valet, retro agitur hæreditas, quamvis postea adita, et cum tempore mortis continuatur, *l.* 138. *de div. rer. jur.* Videamus, an non utrumque recte dici possit, hæreditatem repræsentare et personam hæredis et defuncti, diversa consideratione. Etenim si eventum spectamus aditæ hæreditatis, persona hæredis repræsentari recte dicitur (2); hac enim consideratione servus hæreditarius recte stipulatur hæredi futuro, *l.* 35. *de stip. serv.* nullamque vim habere dicitur stipulatio servi hæreditarii, nisi adita sit hæreditas, *l.* 73. §. 1. *de verb. obl.* item per servum acquiri hæreditati, ac per hoc etiam hæredi postea facto, *infra de stip. serv. in pr.* At si inspicimus tempus illud, quo servus hæreditarius hæres instituitur, nimirum jacentis hæreditatis, si actum valere volumus, necesse est, dicamus, hæreditatem sustinere personam defuncti: neque enim actus in suspenso esse potest; et incertum est, an is, qui scriptus est, unquam hæres extiturus sit: id Cajus significat *l.* 33. §. *ult. de adq. rer. dom.* cum ait, quoties servus hæreditarius stipulatur, vel per traditionem accipit, actum ex persona defuncti vires sumere. Eademque consideratione Pau-

(1) *L.* 2. *tit.* 3. *P.* 6.

(2) *L.* 2. *tit.* 3. *P.* 6. *in fin.*

lus in *l.* 52. *hoc tit.* servum hæreditarium institui posse ait, si modo testamenti factio cum defuncto fuerit, licet cum hærede instituto non sit. Et igitur hæreditas, qua jacens considerata, defunctum repræsentat; adita, retro videtur repræsentasse personam hæredis.

TEXTUS.

De servo plurium.

3 *Servus autem plurium, cum quibus testamenti factio est, ab extraneo institutus hæres, unicuique dominorum, cujus jussu adierit, proportione dominii acquirit hæreditatem* (1).

Hic textus planus est.

TEXTUS.

De numero hæredum.

4 *Et unum hominem, et plures usque in infinitum, quot quis hæredes velit, facere licet.*

COMMENTARIUS.

1 (*Usque in infinitum*). Infinitum accipe pro indefinito, incertoque hæredum numero, non pro multitudine, quæ extremis careat; quomodo et alibi sæpe hoc verbum usurpatur, *l.* 68. §. 1. *de rei vind. l.* 4. §. 2. *de in lit. jur.* Sensus igitur *hujus* §. est, posse testatorem tot hæredes instituere, quot ei placuerit: nimirum certum numerum hæredum instituendorum nemini lege præscriptum esse, sed totum hoc arbitrio testantis permitti. Inepti autem sunt, qui ex *hoc loco* colligunt, posse quem instituere omnes homines, qui in mundo sunt. Talis enim institutio exitum reperire non potest, neque est hominis, qui suæ mentis est compos. Vid. Gom. 1. *variar. resol.* 2. *num.* 2. Plane illud crediderim defendi posse cum D. Viglio, Rempubl. institutam videri, si quis simpliciter cives universos instituerit, et valere hujusmodi institutionem, quando permissum est Rempubl. aut civitatem hæredem instituere. Non enim idem hic semper jus obtinuit. Legimus, Reges aliquot exteros populum Romanum sibi hæredem instituisse. An autem et quando Respublica hæres institui potuerit, legatumve ei relinqui, tractabimus *infr.* §. 25. *de legat.*

(1) *L.* 25. *tit.* 3. *P.* 6.

TEXTUS.

De divisione hæreditatis.

5 *Hæreditas plerumque dividitur in duodecim uncias, quæ assis appellatione continentur. Habent autem et hæ partes propria nomina ab uncia usque ad assem, utputa hæc: sextans, quadrans, triens, quincunx, semis, septunx, bes, dodrans, dextans, deunx. Non autem utique semper duodecim uncias esse oportet: nam tot unciæ assem efficiunt, quot testa-*

tor voluerit; et si unum tantum quis ex semisse (verbi gratia) hæredem scripserit, totus as in semisse erit. Neque enim idem ex parte testatus, et ex parte intestatus decedere potest, nisi sit miles, cujus sola voluntas in testando spectatur. Et è contrario potest quis in quantascunque voluerit plurimas uncias suam hæreditatem dividere (1).

COMMENTARIUS.

1 Sequitur pars altera *hujus tit.* in qua agitur de eo, quod vel unus vel plures hæredes scripti ex ratione juris, et voluntate testatoris consequantur: quæ res ut commodius proponi et perfectius intelligi possit, ante docere voluit, in quot partes hæreditas plerumque dividatur, civili scilicet et solemni distributione, earumque partium nomina indicare, quo ea in numerato haberent studiosi disciplinæ juris; idque fecit verbis Ulpiani in *l.* 50. §. *ult. hoc tit.*

2 (*In duodecim uncias, quæ assis appellatione*). As in re nummaria est: *Minimus æris nummus.* Hinc illa: *Ad assem reddere: Ad assem omnia perdere.* Cum sermo est de ponderibus, de divisione hæreditatis aut fundi significat *Solidum* (id est, totum quid sive integrum) *constans ex duodecim unciis*; est nimirum idem, quod in ponderibus libra aut pondo. Unde illa: *Ex asse possidere, l. pen. qui satisd. cog. In assem vindicare, l.* 40. §. 1. *de legat.* 3. *Hæres ex asse*, pro quo etiam *libella* dixit Cicero *lib.* 7. *ad Attic. epist.* 1. *edit. Victor.* et alia plura ejusdem generis. Causam usus hujus numeri, quæ à Jurisperitis tradita non est, Duarenus *lib.* 2. *disp.* 36. ex Galeno profert, nimirum quia nullus alius numerus in tot partes tam commode dividatur. Locus Galeni integer refertur à Duareno.

3 (*Habent hæ partes propria nomina*). Refert jam propria nomina partium assis, contentus initium fecisse ab uncia cum Ulpiano *d. l.* 50. §. *ult. hoc tit.* licet et ipsa uncia in partes minutiores dividi possit. Illud sciendum est, hæreditatem etiam dividi in partes naturales, veluti in duas dimidias, *l.* 2. §. 7, *de collat.* in tres tertias, in quatuor quartas, §. 8. *infr. eod.* in sex sextas, 76. *de adq. hær.*

4 (*Quot testator voluerit*). Licet solemnis et usitata assis distributio in duodecim partes sive uncias, uti dictum est, fiat: potest tamen paterfam. eam distributionem non sequi, atque it tot partes unciasve hæreditatem distribuere, in quot voluerit, sive in plures sive in pauciores, *l.* 13. §§. 1. 2. 3. *et ult. hoc tit.* Proinde si, verbi causa, tres hæredes scripserit singulos ex quincunce, rata est patrisfamil. voluntas, ut substantiam suam partiti in quindecim uncias. Atque hac eadem ratione defenditur quod rescri-

(1) *L.* 16. *d. tit.* 3. *P.* 6.

ptum est in *l.* 3. *C. de testam. milit.* militem, qui filium ex unciis duabus, uxorem ex una uncia instituisset, nec de residuis portionibus quicquam significasset, in tres partes videri voluisse hæreditatem dividere; non autem pro parte testatum, pro parte intestatum decedere; quamvis id militi concessum sit. Sive autem plures sive pauciores partes testator fecerit, tacito jure in duodecim semper hæreditas resolvitur, *d. l.* 13. §. 1. *hoc tit.*

5 (*Si unus ex semisse, totus as in semisse*). Quando unus tantum hæres scriptus est, licet ex certa parte hæreditatis, puta triente, semisse, vel etiam minima, is perinde ac si ex toto asse institutus esset, omnium bonorum hæreditatem consequitur. Cæterum magis, ut opinor, ex subtilitate juris et propter regulam qua nemini partem testato, partim intestato decedere permittitur, quæ etiam mox pro ratione subjicitur, quam ex voluntate defuncti, quæ non tam facile ejusmodi interpretationem admittit, ubi unus tantum non dato coherede ex parte aliqua scriptus est, quam ubi plures ex pluribus. Nam si, verbi gratia, tres, singuli ex uncia scripti sunt, commodissime dicitur, arbitraria distributione testatorem usum, atque in tres partes æquales universam hæreditatem divisisse: quod secus est, si unum tantum institutum proponas in quadrante sive quarta hæreditatis parte, cum distributio nequeat fieri nisi inter plures. Quamobrem licet illo casu propter libertatem distribuendi et communem voluntatem idem obtineat in testamento militis, quod in testamentis paganorum, *l.* 3. *C. de test. milit.* hoc tamen casu diversum jus esse propter dictam regulam, quæ non militum, sed paganorum potestatem coërcet, et uno tantum hærede in certa assis parte instituto à pagano: hanc partem reliquas ad se trahere; si à milite, residuum hæredes ab intestato laturos, recte judicavit D. Viglius. Quod si quis solus institutus fuerit, non ex parte aliqua hæreditatis, sed ex re certa, puta ex fundo; perinde quasi simpliciter ac sine ulla rei mentione scriptus esset, et hic bonorum omnium hæreditatem obtinebit, *l.* 41. *in fin. de vulg. et pup.* Nam cum harum rerum quædam inter se pugna sit; successionis universi juris, cujusmodi est hæreditas, et acquisitionis rei singularis, potestate juris detrahitur rei mentio, et hæredi sic, quasi universaliter institutus esset, succurritur, *l.* 1. §. 4. *hoc tit.* Loquimur autem de casu, quo quis institutus sit solus ex re certa: nam si cohæredem habuerit institutum simpliciter, vel ex certa parte seu quota hæreditatis; hic totam hæreditatem habebit, et ille legatarii loco erit, *l.* 13. *C. hoc tit.*

6 (*Ex parte testatus, ex parte intestatus*). *Jus nostrum non patitur*, inquit Pomponius, *eundem in paganis testato et intestato decessisse: earumque rerum naturaliter inter se pugna est* (*testatus et intestatus*) *l.* 7. *de div. rer. jur.* Et quidem naturaliter pu-

gnant, eundem decedere in totum testatum et intestatum: non autem pro una parte testatum, et pro alia intestatum; quomodo etiam intelligi voluit Pomponius juris civilis subtilitatem sequens. Unde arbitror, *naturaliter* in *d. l.* 7. positum esse pro eo, quod recepti passim moris erat, ut et alibi interdum, *l.* 16. §. 4. *de min. l.* 22. §. *ult. loc.* et sic quoque capiendum Ulpiani illud: *Lex naturæ hæc est, ut qui nascitur sine legitimo matrimonio, matrem sequatur.* Id est, lex consuetudinis generalis deducta ab aliqua ratione naturali, *l.* 24. *de stat. hom.* Nam regula ista è solis Romanorum moribus pendet, neque apud alios populos locum habet, ac ne apud ipsos quidem Romanos in testamentis militum. Ex hac porro regula descendit, quanquam non tanquam ex causa proxima aut adæquata, jus accrescendi inter plures hæredes testamentarios, videlicet ut uno deficiente, pars ejus accrescat cæteris, qui hæredes extiterunt, *l. unic.* §. 10. *C. de cad. toll. l.* 59. §. 3. *hoc tit.*

7 Plane illud fieri potest, ut qui ab initio in totum testatus decessit, cujusque hæreditas semel ex testamento adita fuit, ex accidenti et postfacto pro parte intestatus vi ipsa efficiatur, hæredique scripto portio emolumenti auferatur, rescisso pro parte testamento per querelam inofficiosi, *l.* 15. *in fin. l.* 24. *et l. seq.* §. 1. *de in offic. test.* Cæterum hoc regulam non subvertit: quippe cui satisfactum est, si ejus, qui testamento jure ab initio facto decessit, hæreditas ex testamento adita fuerit: ad ea, quæ postea fiunt, non pertinet.

8 ¿Sed quid si testator adscripserit, nolle se, ut hæres scriptus reliquas partes ferat, et jus accrescendi expresse prohibuerit? Et quidem quemadmodum nemo sine observatione legum testamentum condere potest, *l.* 4. *qui test. fac. poss.* ita nemo quoque in suo testamento cavere potest, ne leges in eo locum habeant, *l.* 55. *de legat.* 1. (1) ut illud omnino manifestum sit, testatorem nulla cautione efficere posse, ut contra regulam juris civilis dissimiliter ei succedatur, et ex testamento et simul ab intestato.

9 Non obstat huic sententiæ, quod Ulpianus in *l.* 9. §. 13. *hoc tit.* scribit, institutos ex certis rebus, quasi simpliciter instituti sint, hæreditate potiri, nisi voluntas patrisfam. manifestissime refragetur: quippe in casu *d. l.* 9. voluntas testatoris contraria potens est, ut conservetur expressio partium, quam fecit testator ipse, quæ alias non esset servanda; non vero ad conservandam mentionem rei, quæ semper tollenda erit.

10 Est tamen et media sententia, quam proponit et tuetur Salicetus in *l.* 13. *C. de hær. inst.* nimirum prohibitionem supra dictam non efficere quidem, quominus hæres scriptus ipso jure ex asse hæres fiat: cæterum hanc ejus vim esse, ut hæres ille partes

(2) *L.* 32. *tit.* 9. *P.* 6.

reliquas, quas accrescere testator noluit, tanquam ex fideicommisso teneatur restituere iis, qui ab intestato ad hæreditatem ejus venissent, ducto argumento à simili, quale proponitur *l. 7. l. 17. et l. 29. ad SC. Trebel. et §. 3. infr. quib. mod. testam. infr.* Et hæc sententia mihi quoque non adeo displicet; quoniam favet voluntati morientium, salva ratione juris: eoque accommodari potest clausula in *d. l. 9. §. 13.* de qua paulo ante.

11 (*Nisi sit miles, cujus sola voluntas*). Quæcunque subtilitatem magis, quam naturalem rationem habent, ea in militaribus testamentis, eorumve interpretatione locum non habere ostendimus *supra tit. de mil. test.* Inter hæc autem est et regula proposita, quæ prohibet, eundem ex parte testato et intestato decedere: et ideo de paganis tantum eam concepit Pompon. *l. 7. de div. rer. jur.* Igitur si miles, verbi causa, unum ex fundo hæredem scripserit, non detrahitur potestate legis mentio fundi, sed quantum ad residuum patrimonium intestatus decessisse intelligitur, et locus fit legitimis hæredibus, *l. 6. de test. mil. l. 2. C. eod.* Quod et tunc obtinere credimus, quando unum hæredem scripsit ex parte aliqua hæreditatis, per *l. 19. d. tit.* sed etsi plures hæredes instituerit, et unus omiserit hæreditatem, pars omissa ad alios non redibit, sed deferetur hæredibus ab intestato, nisi contraria ostendatur militis voluntas, *l. 37. eod.* cui non obstat *l. 1. C. eod.* quia ibi ex parte hæres institutus proponitur, qui et ipsi militi ab intestato successurus erat, nimirum frater militis, et ideo nisi alii hæredes ab intestato probent, militem noluisse ea bona, de quibus quæritur, ad fratrem institutum pervenire, portio deficiens hac ipsa ratione ad fratrem pertinebit: quia pro ea parte miles intestatus decessit. Et quod juris est in portione bonorum, hoc idem obtinet et in temporis spatio, ut usque ad certum tempus, vel ex certo tempore hæredem miles instituere possit, ut quo tempore hæres scriptus non est, intestati hæreditas deferatur, *l. 15. §. 4. l. 41. in pr. eod.* Vid. Anton. Fab. *dec. 72. err. 5. et 6.* Don. in *d. l. 1. C. de test. mil.*

12 “In Hispania indistincte ”permissum est tam paganis, quam ”militibus partim testato, partim ”intestato decedere, arg. *l. 1. ”tit. 18. lib. 10. Nov. Recop.* ut ”recte tenent Torres *hoc text.* Pi”char *ibid. num. 36.* Huic conse”quens ut jus accrescendi apud ”nos cesset quotiescunque Roma”ni illud admittebant ex juris ne”cessitate, correctæque intelli”gantur *Partitarum leges* de illo ”loquentes quatenus laudatam ”necessitatem probant. Quia ve”ro legum correctio ultra neces”sitatem nunquam admittenda, ”vigebit hoc accrescendi jus ”quandocunque ex voluntate te”stantis provenerit: quam *d. l. t. 1.* ”sacratissime custodiendam vult.

13 ”Cessabit itaque in Hispa”nia hoc accrescendi jus, contra ”juris Romani placita, in hærede ”instituto in re certa vel in quota

„hæreditatis, ut bene et late pro-„bat Vela *dis.* 47. à *num.* 58. et „quando plures instituti fuerint, „sive partibus unicuique assigna-„tis, sive simpliciter; nisi contra-„ria testatoris voluntas probetur, „cum ita instituens non censea-„tur in dubio velle jûs accrescen-„di, *l.* 37. *de test. milit.* Anton. „Fab. *dec.* 71. *err.* 9. Si vero plu-„res hæredes testator conjunxerit „in aliqua parte seu quota hære-„ditatis, jus accrescendi inter il-„los voluisse putabitur, locusque „ei erit, per ea quæ infra late „trademus in §. 8. *de legat.*"

TEXTUS.

De portionibus singulorum hæredum. Si testator assem non diviserit, aut partes in quorumdam persona non ultra assem expresserit.

6 *Si plures instituantur hæredes, ita demum in hoc casu partium distributio necessaria est, si nolit testator, eos ex æquis partibus hæredes esse: satis enim constat, nullis partibus nominatis, ex æquis partibus eos hæredes esse. Partibus autem in quorundam personis expressis, si quis alius sine parte nominatus erit, si quidem aliqua pars assi deerit, ex ea parte hæres fit. Et si plures sine parte scripti sunt, omnes in eandem partem concurrunt. Si vero totus as completus sit, ii, qui nominatim expressas partes habent, in dimidiam partem vocantur, et ille, vel illi omnes in alteram dimidiam. Nec interest, primus, an medius, an novissimus sine parte hæres scriptus sit: ea enim pars data intelligitur, quæ vacat* (1).

Si pars vacet, aut exuperet.

7 *Videamus, si pars aliqua vacet, nec tamen quisquam sine parte sit hæres institutus, quid juris sit: veluti si tres ex quartis partibus hæredes scripti sunt. Et constat, vacantem partem singulis tacite pro hæreditaria parte accedere, et perinde haberi, ac si ex tertiis partibus hæredes scripti essent. Et ex diverso, si plures hæredes scripti in portionibus sint, tacite singulis decrescere: ut si (verbi gratia) quatuor ex tertiis partibus hæredes scripti sint, perinde habeantur, ac si unusquisque ex quarta parte hæres scriptus fuisset* (2).

Si plures unciæ, quam duodecim, distributæ sunt.

8 *Et si plures unciæ, quam duodecim, distributæ sint, is qui sine parte institutus est, quod dupondio deest, habebit. Idemque erit, si dupondius expletus sit. Quæ omnes partes ad assem postea revocantur, qaamvis sint plurium unciarum* (3).

(1) *L.* 17. *d. tit.* 3. *P.* 6.
(2) *L.* 18. *d. tit.* 3. *P.* 6.
(3) *D. l.* 17. *tit.* 3. *P.* 6. *l.* 19. *eod.*

COMMENTARIUS.

1 Vidimus quid juris sit quando unus fuerit institutus: nunc videndum quid dum plures. Et distinguendi tres articuli. Primus est, si omnes instituti sint partibus expressis, quo casu expressas habebunt. Secundus, si omnes sine partium expressione, et obtinebunt æquales. Tertius denique, si quidam ex certis partibus instituti sint, quidam indefinite. Quando id evenerit, primi habebunt quas testator expressit; et indefinite instituti, asse vel dupondio expleto novum assem, superato quod deest usque ad assem novum, et asse non expleto, quod ei explendo superest. Quamobrem si testator ita scripserit: Primus ex 3. unciis, secundus ex 4. tertius hæres sunto; hic 5. uncias habebit. Similia exempla ad alios casus quisque facile efformare poterit. Si pars aliqua vacet, aut exuperet, nec quisquam sine parte fuerit scriptus, singulis, pro portionibus hæreditariis accrescet aut decrescet. Exemplum habes in §. 7.

2 "In Hispania quamvis *l.* 17. „*tit.* 3. *P.* 6. *vers.* E aun, pro„bet primam §. 7. propositionem, „quæ de jure accrescendi loqui„tur; tamen pars vacans non ad „hæredes scriptos, sed ad eos qui „ab intestato veniunt pertinebit, „per ea quæ nuper diximus §. 5. „*hoc tit.*"

TEXTUS.

De modis instituendi.

9 *Hæres et pure et sub conditione institui potest: ex certo tempore, aut ad certum tempus non potest; veluti:* Post quinquennium, quam moriar, *vel* ex Calendis illis, *vel* usque ad Calendas illas hæres esto. *Denique diem adjectum haberi pro supervacuo placet, et perinde esse, ac si pure hæres institutus esset.*

COMMENTARIUS.

1 *Hic* se nunc offert *tituli hujus* pars tertia, in qua tractatur de forma et modo hæredes instituendi, deque iis, quæ institutioni utiliter vel inutiliter adjiciuntur: sed non omnia, quæ eo pertinent Imp. tangit, contentus, quæ præcipua sunt, de conditione et die adjectis quædam indicasse. Ante quorum explicationem monendi sumus, ad formam institutionis omnino pertinere, ut ea verbis fiat, iisque idoneis, ut ex iis liquere possit voluntatis intentio; quamvis quibus verbis fiat, imperativis sive directis, an inflexis nihil referat, *l.* 15. *C. de test.* Deinde ita fieri debere, ut de persona hæredis certo constare possit, vel ex nomine vel ex indubitabili signo, alioqui vitiari institutionem, *l.* 62. §. 1. *hoc tit.* Item inutilem esse institutionem, si testator non certo consilio hæredem scribat, aut quid alienum captet. Unde improbata veteribus

tum institutio, quæ in alienam voluntatem confertur, veluti si quis dixerit: *Quos Titius voluerit, hæredes sunto, l.* 32. *l.* 68. *eod.* tum captatoria: *Quæ fit captandæ alienæ hæreditatis causa*, cum nempe testator suam hæreditatem tanquam in hamo defert, ut allectet alienam; puta hoc modo: *Qua ex parte Titius me hæredem faciet, ex eadem mihi hæres esto, l. captatorias* 70. cum *l. seq. eod.* cujusmodi institutiones etiam in testamentis militum improbantur, *l.* 11. *C. de test. milit.* Hoc autem modo concepta institutio valet: *Qua ex parte Titius me hæredem fecit, ex eadem hæres esto*: quoniam in præteritum collata est, neque ad captandum, sed ad remunerandum comparata, *l.* 71. *hoc tit.* Sed nec institutiones, quæ mutuis affectionibus judicia provocaverunt, pro captatoriis habentur, *d. l.* 70. *eod.*

2 (*Sub conditione institui potest*). Conditio est: *Adjectio, qua in futurum eventum, quod dari aut fieri volumus, suspenditur* (1): eaque vel possibilis est, vel impossibilis. Impossibilis inutiliter institutioni adjicitur, et pro non scripta habetur, de qua mox: possibilis utiliter, ut suspendatur interim institutio, atque existente conditione vires capiat, perindeque habeatur ac si pure facta esset; deficiente evanescat, et hæreditas deferatur ab intestato (2). Solius sui hæredis persona excipitur, qui vetatur sub alia conditione hæres institui, quam quæ in illius potestate sit, nisi sub contraria conditione exhæredetur, ne si conditio deficiat, reperiatur contra legem præteritus, *l.* 86. *hoc tit. l.* 4. *C. de inst. et subst.*

3 (*Ex certo tempore, aut ad certum tempus non potest*). Hujus rei explicatio plus difficultatis habet. Ait, *ex certo tempore &c.* quibus verbis tacite innuitur differentia temporis sive diei certi atque incerti, et quæ *hic* traduntur: non ad utrumque, sed ad alterum tantummodo, certum scilicet pertinere. Ita est. Dies aut est certus aut incertus. De incerto illico videbimus. Certum dicimus: *Cum certum est, et venturum esse, et quando venturus sit.* Hic dies bifariam institutioni forte apponi potest; vel ut terminus *à quo*, veluti: *Post quinquennium, quam moriar, hæres esto*, vel ut terminus *ad quem*, veluti: *Usque ad quinquennium hæres esto.* Neutro autem modo apponitur utiliter. Et hoc est, quod Imp. ait, hæredem ex certo tempore vel ad certum tempus institui non posse: non quod adjectione diei in totum vitietur institutio, sed quod dies ut vitiose adjectus rejiciatur et habeatur pro non scripto: ita enim se statim explicat, cum ait, diem adjectum pro supervacuo haberi, et perinde esse, ac si pure institutio facta sit. Breviter Jurisconsultus in *l.* 34. *hoc tit. Hæreditas*, inquit, *ex die, vel ad diem non recte datur, sed vitio tem-*

(1) *L.* 1. *tit.* 4. *P.* 6. *l.* 1. *tit.* 4. *P.* 4.

(2) *D. l.* 1. *l.* 7. cum *duab. seqq. tit.* 4. *P.* 6.

poris sublato, manet institutio. Quod dies tollitur, benevolentiæ est, ne pereat ultima defuncti voluntas. Quod die non sublato subsistere nequeat institutio, ex regula, qua vetatur idem in paganis testato et intestato decedere, proposita et à nobis exposita §. 5. *supr. eod.* Neque enim ad portionem bonorum tantum, verum etiam ad temporis spatium ea regula pertinet, *l.* 41. *in pr. de test. milit.* Peculiaris quoque ratio est, cum dies adjicitur tanquam terminus ad quem; quia juri nostro non convenit, temporalem hæredem habere, sed is, qui semel hæres extitit, semper hæres maneat, necesse est, *l.* 88. *hoc tit.*

4 Dies incertus aut prorsus et simpliciter talis est, cum scilicet neutrum horum apparet, nec an venturus sit, nec quando; veluti si ita testator dixerit: *Titius hæres esto cum consulatum inierit, aut cum uxorem duxerit*; aut secundum quid, cum alterutrum incertum est, et vel ignoratur, an venturus sit duntaxat; veluti si ita scriptum sit: *Titius, cum erit annorum quatuordecim, hæres esto*; vel tantum quando venturus sit, qualis est dies mortis cujusque. Et extat de die incerto generalis definitio Papiniani in hæc verba: *Dies incertus conditionem in testamento facit*, *l.* 75. *de cond. et dem.* Cujus definitionis hæc sententia est, ut conditio testamento adjecta non detrahitur, sed suspendit dispositionem, ita et dies incertus: atque ut existente demum conditione vires accipit dispositio, ita et existente demum die incerto. Et siquidem vel utrumque ignoretur, an dies venturus sit, et quando, vel etiam unum illud, an sit venturus; dubium non est, quin hujusmodi dies pro conditione sit, *l.* 21. *et l. seq. quando dies leg.* (1).

5 At si certum sit, extiturum esse, ignoretur autem quando; hic referre puto, utrum dies appositus sit extraneo, an ipsi hæredi. Si extraneo, puta hoc modo: *Titius hæres esto, cum Sempronius morietur*, diem pro conditione esse: quia fieri potest, ut hæres scriptus ante Sempronium moriatur; quo argumento tale legatum conditionale esse defenditur: *Hæres meus, cum morietur, Titio decem dato*, *l.* 79. §. 1. *de cond. et dem.* Si vero ipsi hæredi scriptus sit, veluti: *Titius, cum morietur, hæres esto*, non puto conditionem facere: quia nec si legatario adscribatur, facit legatum conditionale, *d. l.* 79. *in pr.* optima quidem ratione, quia hoc casu nulla suspensio esse potest, cum nemo postquam moriatur, hæreditatem acquirere valeat: ubi autem non est suspensio, neque conditio; et ideo institutioni adjectum quasi diem certum, qui vivente adhuc hærede omnimodo extiturus sit, detrahendum esse, institutionemque pro pura habendam.

6 Singularis casus institutionis ex die incerto est, cum quis in-

(1) *L.* 31. *tit.* 9. *P.* 6. *vers.* Otrosí.

stituitur in tempus capiendæ hæreditatis, *l. 62. hoc tit.* qui tamen casus à doctioribus omnibus restringitur ad eos, qui non simpliciter incapaces sunt, sed secundum quid, quales sunt orbi, cœlibes; quos proculdubio hæredes instituere licet, cum liberos susceperint, cum uxores duxerint. Et duntaxat locum habet cum incapacitas est ex parte instituti, non etiam simul ex parte testatoris: nam spurius hoc modo: *Cum capere poterit*, à patre institui non poterit.

7 "In Hispania, postquam *l. 1. tit. 18. lib. 10. N. R.* permissum est paganis partim testato, partim intestato decedere, ut diximus *supr.* §. 5 nullum adesse videtur impedimentum, quominus hæres institui possit ex certo tempore, vel usque ad certum tempus eo effectu, ut reliquo tempore hæreditas ad hæredes ab intestato pertineat: unde recte visum est Anton. à Torres in §. 10. *inst. hoc tit.* correctam esse *l. 15. tit. 3. P. 6.* quatenus ipsa jus Romanorum probans statuebat, diem certum non recte adjici institutioni in paganorum testamentis. Quia vero cessat ratio extendendi correctionem ad secundam partem ejusdem *l. 15. vers.* Pero, cum *seqq.* ubi agitur de die incerto, firmum manet quod *ibi* docemur, posse quenquam recte institui ex die mortis suæ: de cujus institutionis fructu et effectu vid. Greg. Lop. in *gloss. 6. d. l. 15.* Dum autem liberi testatorum instituuntur sub conditione, quæ in eorum potestate non sit, valet institutio conditione insuper habita, *l. 11. tit 4. P. 6. l. 9. eod.* et in *eis* idem Lopez."

(1) *L. 3. d. tit. 4. P. 6.*

TEXTUS.

De conditione impossibili.

10 *Impossibilis conditio in institutionibus et legatis necnon in fideicommissis, et libertatibus pro non scripta habetur* (1).

COMMENTARIUS.

1 Impossibilis conditio est, definitore Justiniano: *Cui natura impedimento est, quominus existat*; veluti: *Si digito cœlum tetigeris*, §. 11. *infr. de inut. stipul.* (2). Sed et quæ facta naturâ, et per se possibilia sunt, possunt casu, aut adjectione temporis fieri impossibilia; veluti exigere pecuniam, Gadibus Romam pervenire sunt possibilia; at exigere pecuniam à se, biduo Gadibus Romam pervenire, impossibilia. Sive autem per se conditio impossibilis sit, sive propter circunstantiam aliquam, hoc jure utimur, ut sub tali conditione facta institutio non vitietur, sed evanescat conditio et pro non scripta habeatur, *l. 1. l. 6. l. 20. de cond. inst.* nisi forte conditio sit talis, quæ efficiat, ut ipsa institutio impossibilis, aut potius perplexa atque inexplicabilis sit,

(2) *L. 1. eod. vers.* E aquellas.

ita ut voluntas defuncti exitum reperire nequeat: cujusmodi conditio institutionem vitiat, *l.* 16. *de cond. inst.* (1). Sed et in alia quavis ultima voluntate, puta legato aut fideicommisso, conditio impossibilis pro non scripta est, *l.* 104. §. 1. *de legat.* 1. generaliter enim quicquid in testamento scriptum impossibile est, placet nullam vim habere, *l.* 3. *de cond. et dem.* (2). Plane conditio difficilis huc non pertinet, quantumvis propter personæ, cui apposita est, qualitatem aliamve causam videatur impossibilis; sed nisi conditione pareatur, relictum in testamento non capitur (3). Finge, libertatem servo relictam hac conditione: *Si hæredi millies dederit.* Hic non detrahetur conditio, sed inutilis erit datio libertatis, ut responsum est à Paulo *l.* 4. §. 1. *de statulib.* Idem juris est, si in tam longum tempus conditio collata sit, ut eo tempore is, cui libertas datur, vivere vix possit, veluti si servo quatuor annos nato libertas detur, cum erit annorum centum: de quo vid. Franc. Amaya *lib.* 2. *obs. jur. cap.* 11.

2 Alio autem jure utimur in stipulationibus et conventionibus; quippe quæ nullius momenti sunt et in totum vitiantur apposita conditione impossibili, §. 11. *inf. de inut. stip. l.* 31. *de obl. et act.* (4). ubi etiam diversi juris indicatur ratio: nimirum quia manifestum est, eos qui in contrahendo apponunt aut apponi patiuntur conditionem, quam sciant esse impossibilem, non esse hoc animo, ut se, aut alios sibi obligent, sed jocari, ludere, omnino ea cogitatione esse, ut nihil agi existiment. At testatorem in ordinatione supremæ voluntatis, in re tam seria et cogitatione mortalitatis, non serio agere, et ludere voluisse, quod in speciem impietatis cadit, credendum non est, sed mendum potius ei excidisse, quod favore ultimæ voluntatis corrigitur, et tollitur á lege, ne id hæredi fraudi sit, cui nihil imputari potest, neve alia bene recteque constituta evertantur, arg. *l.* 1. *de cond. instit.*

3 Impossibili conditioni similis est conditio turpis, quam Interpretes vulgo ut speciem impossibili subjiciunt, et appellant impossibilem de jure. Ea est: *Quæ quid continet, quod pugnat cum pietate, legibus aut bonis moribus.* Nam, ut bene et pie Papinianus noster in *l.* 55. *de cond. inst. Quæ facta lædunt pietatem, existimationem, verecundiam nostram, et generaliter quæ contra bonos mores fiunt, ea nec facere nos posse credendum est.* Et ideo etiamsi quid ejusmodi testamento insertum sit, id perinde ac si quid impossibile adscriptum esset, placet pro non scripto haberi, *l.* 14. *de cond. inst.* veluti: *Si ab ho-*

(1) *L.* 5. *tit.* 4. *P.* 6.

(2) *L.* 3. *eod.*

(3) *L.* 4. *eod. de qua vidend.* Gregor. Lop. *in gloss.* 1. *ejusd.* et *in gloss.* 4. *legis ultim. tit.* 4. *P.* 4.

(4) *Arg. l.* 17. *tit.* 11. *P.* 5.

stibus patrem suum non redemerit: Si parentibus patronove suo alimenta non præstiterit (1). Paulus scribit hujusmodi conditiones remittendas esse, *l.* 9. *d. tit.* quod effectu juris eodem recidit; capitur enim semper hæreditas legatumve perinde ac si adjectæ non essent. Plane filius, qui in potestate est, sub tali conditione hæres scriptus, testamentum patris infirmat, ac si conditio non esset in ejus potestate, *d. l.* 15. *eod.* quod etiam ad cæteros suos hæredes nunc transferendum est per ea, quæ sub §. *præc.* diximus. Pacta quoque et stipulationes turpi conditione apposita nullius momenti sunt, uti juris esse diximus, cum his apponitur conditio impossibilis de facto, *l.* 26. *de verb. obl.* (2).

4 "In Hispania, si testatoris „filius hæres instituatur sub con„ditione turpi, institutio valebit „conditione detracta, arg. *l.* 9. *et* „*l.* 11. *tit.* 4. *P.* 6. junct. *l.* 3. *eod.*"

TEXTUS.

De pluribus conditionibus.

11 *Si plures conditiones in institutionibus adscriptæ sunt, siquidem conjunctim, utputa:* Si illud, et illud factum fuerit, *omnibus parendum est: si separatim, veluti:* Si illud, aut illud factum erit, *cuilibet conditioni obtemperare satis est.* (3).

De his, quos testator nunquam vidit.

12 *Ii, quos nunquam testator vidit, hæredes institui possunt; veluti si fratris filios peregrinantes, ignorans, qui essent, hæredes instituerit. Ignorantia enim testantis inutilem institutionem non facit.* (4).

Horum §§. doctrina omnibus nota est et clara.

TITULUS DECIMUSQUINTUS.

DE VULGARI SUBSTITUTIONE.

D. Lib. 28. *Tit.* 6. *C. Lib.* 6. *Tit.* 25. *et* 26 (5).

1 Postquam ea omnia Princeps tradidit, quæ ad testamenta recte ordinanda, et hæredum institutionem pertinent, reliquum

(1) *D. l.* 3. *tit.* 4. *P.* 6.
(2) *Arg. d. l.* 17. junct. *d. l.* 3. *in fin.*
(3) *L.* 13. *d. tit.* 4. *P.* 6.
(4) *Arg. l.* 2. *tit.* 3. *P.* 6. *vers.* E brevemente.
(5) *Tit.* 6. *P.* 6.

videbatur, ut protinus disputaret, quibus modis testamenta recte ab initio ordinata postea infirmentur. Cæterum cum testatori permissum sit, non tantum hæredem testamento instituere, sed etiam in locum deficientis hæredis instituti alios hæredes substituere, ut primo gradu deficiente, saltem ex secundo hæredem testamentarium habeat, nonnunquam et cum sibi fecit, simul alii testamentum et hæredem facere: hanc partem, quæ substitutiones continet, prius exequendam putavit. Quid in genere sit substitutio, vix commode una generali definitione explicari potest, utuntur enim ea voce juris Auctores non tantum cum loquuntur de institutione secundi hæredis, verum etiam cum de secunda datione legati, *l. 6. C. de legat.* item cum agunt de fideicommissis tum hæreditatis, tum rerum singularum, ut videre est in *l.* 41. §. 1. *hoc tit. de vulg. et pup. l.* 64. *de leg.* 2. et passim *alibi.* (1). Atque hinc vulgo substitutio dividitur in directam et fideicommissariam. Directa est: *Quæ fit verbis directis et civilibus*, vel hæredem hæredi substituendo, veluti: *Titius hæres esto: Si Titius hæres non erit, Sejus hæres esto*; vel legatarium legatario, veluti: *Titio fundum Cornelianum do, lego: Si Titius fundum, quem ei legavi, non ceperit, eundem fundum Sejo do, lego, l.* 50. *de legat.* 2. Nam hæc quoque directa substitutio est, et ideo legatum agnoscente primo legatario evanescit, *l.* 6. *C. de legat.* Fideicommissaria est: *Quæ fit verbis precariis*, cum scilicet testator vel hæredem institutum rogat, ut hæreditatem partemve hæreditatis aut rem aliquam alteri restituat: vel legatarium aut fideicommissarium, ut restituat quod iis relictum est. Illud tamen certum est, nomen *substitutionis* simpliciter positum in usu juris (sive proprie, sive per excellentiam), solam denotare substitutionem directam, atque eam, qua hæres hæredi substituitur: unde passim videmus, substitutionem opponi fideicommissis, *l.* 6. §. 5. *ad SC. Trebell. l.* 39. §. 3. *de adm. tut.* cum *similibus*, quorum etiam tractatio proprium locum, atque hinc satis longe remotum occupavit circa *finem hujus libri*: in *Pand. lib.* 36. cum de substitutionibus agatur *lib.* 28.

2 Igitur, quod ad propositum attinet, si quæratur, quid sit substitutio, ea sic definiri poterit: *Secundo vel ulteriore gradu facta institutio*, vel brevius, et simplicius: *Secundi hæredis institutio*, *l.* 43. §. 2. *in fin. hoc tit.* (2). Nam omnem substitutum veteres secundum hæredem vocant, licet longa serie substitutio facta sit, et quis tertio vel quarto vel ulteriore etiam gradu locove scriptus reperiatur, habito scilicet respectu non ad ordinem scripturæ, sed successionis; et quia omnis substitutus collatus cum eo, cui substituitur, et ex cujus per-

(1) *L.* 1. *d. tit.* 5. *P.* 6.

(2) *D. l.* 1. *tit.* 5. *P.* 6.

sonæ relatione nomen substitui accipit, semper secundus est. Vulgo hæc ratio affertur, quia omnis institutio, quæ fit post primam, et in locum primi hæredis deficientis, recte dicatur secunda; quemadmodum secundæ nuptiæ dicuntur, quæcunque contrahuntur post primas.

3 Species substitutionis alii plures, alii pauciores faciunt. Doctores communiter quinque, vulgarem, pupillarem, exemplarem, breviloquam, et compendiosam (1). Exemplarem vocant substitutionem mente capti: breviloquam, quam alii melius reciprocam seu mutuam: *Cum ipsi hæredes instituti invicem substituuntur*: compendiosam, quæ verborum hoc compendio: *Quandocunque decesserit*, comprehendit plures substitutionum species, plures casus et tempora: veluti si pater ad eum modum substituerit filio impuberi, continebitur hic et vulgaris et pupillaris; et si forte filius mente captus sit, etiam exemplaris: postremo militaris quoque privilegiaria, si miles sit, qui substituit, Gomez 1. *resol.* 7. *et* 8. Duaren. autem ad *hunc tit. cap.* 3. et Soar. ad Gomez 1. *res.* 3. ponunt hasce quatuor, vulgarem, pupillarem, quasi pupillarem, et militarem, rejectis breviloqua et compendiosa, ut modis substituendi, non speciebus substitutionis.

4 Longe rectius nostro quidem judicio, Vigl. Myns. Hotom. *hic*, Donell. *6. comm.* 23. duas duntaxat species statuunt, vulgarem, et pupillarem, ad quarum alterutram formas omnes substituendi referunt, et species revocant. Etenim si genera substitutionum à casuum differentiis distinguenda sunt, plura poni non debent quam duo, sicut nec plures sunt casus, in quos fit substitutio, quam hi duo: unus: *Si institutus hæres non erit*, qui casus primus dicitur, et est conditio vulgaris substitutionis; alter: *Si hæres erit*, qui secundus, et proprius pupillaris, *l.* 8. *C. de imp. et al. subst.* potestque substitutio exemplaris referri ad pupillarem, et commodiore nomine appellari *quasi pupillaris*, de qua agitur §. 1. *tit. seq.* Compendiosa et reciproca diversas substituendi formulas denotant, conceptas semper in primum vel secundum, aut utrumque casum. Quod autem miles filio puberi, vel etiam extraneo in secundum quoque casum directo substituere potest, abnorme atque ex privilegio est: neque ob id necesse est separatam speciem constituere.

5 Cæterum nec hæc ipsa bipartita divisio alia est, quam generis homonymi: quippe sola vulgaris substitutio, proprie substitutio est, pupillaris non tam substitutio, quam institutio prima, utpote per quam substitutus non testatori succedit et gradu secundo; sed pupillo et gradu primo tanquam ab ipso primo loco institutus. Obtinuit tamen, ut et hæc diceretur substitutio, quia

(1) *D. l.* 1.

secundo loco fieri debet post institutum patri hæredem, ut declarat Ulp. *l. 2. in fin. hoc tit.* sive quia substitutio impuberis pars est et sequela testamenti paterni, §. *liberis 5. tit. seq.* Hæc studiosis juris præmonstrare operæ pretium duxi, ne Doctorum scripta adeuntes in vestibulo hærerent aut offenderent. *Præsenti* in *titulo* agitur de substitutione vulgari, paucis sane et parce pro materiæ amplitudine et subtilitate. Proponuntur primo formulæ sive modi aliquot vulgariter substituendi; post aliquid aspergitur de effectu, ut sciamus quas in partes, nullis substitutioni adscriptis, substituti vocati intelligantur, et quatenus extendenda substitutio. Dicitur vulgaris à vulgari et usitato substituendi modo, vel quia vulgo et promiscue omnibus hæredibus à quovis testatore fieri potest (1). Quid ea sit, jam pene cognitum habemus, mox autem certius intelligetur exposito casu et vi conditionis hujus substitutionis propriæ.

TEXTUS.

De pluribus gradibus hæredum.

Potest autem quis in testamento suo plures gradus hæredum facere: utputa: Si ille hæres non erit, ille hæres esto: *et deinceps, in quantum velit testator, substituere potest; ut novissimo loco in subsidium vel servum necessarium hæredem instituere possit* (2).

COMMENTARIUS.

1 (*In testamento*). Recte *in testamento*, uti et Marcian. *l. 36. eod.* unde hæc descripta: nam in codicillis ut institui hæres non potest, ita nec substitui; siquidem et substitutio institutio est, et utroque modo hæreditas directo datur; quod in codicillis non licet, §. *pen. infr. de codicill. l. 10. de jur. codicill.* Sciendum tamen est, etsi substitutio in codicillis facta non valeat jure directo, benigna tamen interpretatione sustineri in vim fideicommissi, quasi hæredes legitimi rogati videantur hæreditatem substituto restituere. Sententia communis et usu recepta non Doctorum tantum auctoritate, verum etiam legum, *l. 76. ad SC. Trebell. l. 13. §. 1. de jur. codicill.* Atque hanc tandem etiam, cum in contrarium multa disputasset, amplectitur D. Viglius, et pro axiomate quodam esse jubet, multarum quæstionum arbitro.

2 (*Plures gradus hæredum*). Hoc est, plures hæredum ordines, ut alii scribantur primo, alii secundo, alii loco tertio, et ita deinceps, *l. 2. §. 4. de bon. poss. sec. tab.* In qua dinumeratione non scripturæ ordo, sed successionis spectari debet; ut ecce in hac formula: *Titius hæres esto, si Sejus hæres non erit. Sejus hæ-*

(1) *D. l. 1. tit. 5. P. 6.*

(2) *Princ. tit. 5. P. 6.*

res esto. Sejus, qui ordine scripturæ secundus est, gradu et ordine delatæ hæreditatis est primus, Titius secundus, ac proinde substitutus, *l.* 28. *de hær. inst.* Nec vero etiam cohæredis adjectio gradum facit, sed omnes cohæredes uno eodemque gradu habentur, et ideo simul ad successionem ex testamento admittuntur, quemadmodum ad successionem ab intestato vocantur omnes, qui eodem gradu cognationis sunt. Ubi autem gradus à testatore facti sunt, tum scripti impediuntur simul hæredes esse, *l.* 37. *de hær. inst.* nec substituto locus est, quandiu admitti potest prior hæres institutus, *l.* 3. *l.* 69. *de adq. hær.* (1): idque omnino postulat ordo graduum pro affectu erga hæredes à testatore descriptus, apud quem ut priori amoris gradu institutos esse apparet, quam substitutos, ita dubium non est, quin ad illos malit, quam ad hos hæreditatem suam pervenire.

3 (*Si hæres non erit*). Hic casus primus dicitur, et est conditio vulgaris substitutionis propria (2). Non semper autem hic casus plena oratione exprimitur, ut fit *hoc loco*; sed sæpe uno verbo substituendi significatur, ut si testator ita dicat: *Titio Mævium substituo*; aut pluribus institutis ita: *Eosque invicem substituo.* Casus autem iste: *Si hæres non erit*, generalis est, continens in se et casum noluntatis, ut loquuntur: *Si hæres esse nolit*; et impotentiæ: *Si non potuerit hæres esse.* Uterque casus speciatim exprimitur *l.* 3. *C. de hær. inst.* (3). Sub casu impotentiæ iterum sunt inferiores et veluti species infimæ, veluti: *Si mortuus sit*: *Si deportatus.* Quorum omnium cum sit diversa ratio, non facile admittendum est, quod ex communi DD. sententia Gomez 1. *var. resol.* 8. *n.* 10. refert et probat, uno casu speciali expresso, aut noluntatis duntaxat, aut impotentiæ, alterum interpretatione supplendum esse, et perinde habendum, ac si uterque expressus esset; et manifeste obstat huic sententiæ *l.* 10. *de lib. et post.* Sane non dixerim, eum, qui expresse et specialiter substitutus est in casum deportationis hæredis instituti, intelligi debere etiam substitutum in casum mortis. Quod autem in institutione nepotis Aquiliani casus mortis per interpretationem producitur ad casum deportationis et similium, mirum non est: quoniam omnium ex sententia Galli eadem ratio est, quia nepos æque per deportationem ac per mortem patris, occupat primum locum in familia avi, fitque hujus hæres suus, *l.* 29. §. 6. *d. tit.* Idemque responderi potest de substitutione facta impuberi filio, in qua placet casum primum seu vulgarem expressum extendi etiam ad alterum seu pupillarem non expressum, et contra: nimirum sumptum hoc ex conjectura voluntatis, ut pluribus

(1) *L.* 2. *et l.* 4. *tit.* 5. *P.* 6.
(2) *D. l.* 2.
(3) *D. l.* 2.

docebimus *tit. seq.* quanquam non tam prudentum interpretatio hoc jus introduxit, quam specialis constitutio D. Marci, *l.* 4. *hoc tit.* Cujac. ad *d. l.* 10. *de lib. et post.* Duar. *cap.* 9. *hoc tit.*

4 Porro conditio hæc: *Si hæres non erit*, pro diversa qualitate hæredum personæque instituti et ipsa diversimode accipitur. In extraneo hærede, qui sui juris sit, hoc significat, si neque sibi hæreditatem acquisierit, neque alium mutata conditione hæredem fecerit. In ejusdem qualitatis hærede, qui alieno juri subjectus est, eodem sermone hoc significatur, si neque ipse hæres erit, neque hæreditatem ei, cujus in potestate est, acquisierit, §. *ult. infr. eod.* ubi hac de re latius atque ex professo. In suo hærede eadem formula hoc significat, si se paterna hæreditate abstinuerit, si cum effectu hæres non extiterit, eo quod se bonis paternis immiscere noluerit. Nam etsi suus hæres ipso jure hæres existit, et ideo non esse sine hærede dicitur, qui suum hæredem, licet se abstinentem habet, *l.* 30. §. 10. *de fideicom. libert.* cujus rei notabiles effectus indicabimus *infra* §. 2. *de hæred. qual. et diff.* tamen cum de excludendo substituto quæritur, et vi atque interpretatione horum verborum: *Si filius mihi hæres non erit*, ex voluntate substituentis, quam jus civile hic sequitur et approbat, non nuda ista existentia, sed immixtio filii cum aditione hæredis extranei comparanda est; alioqui ne substitui quidem filio in istum casum posset: nam si nullo modo efficere filius potest, ut non sit hæres, frustra ei substitutus datur in eum casum, quo hæres non sit, quo proculdubio continetur etiam casus noluntatis.

5 Ac dicendum omnino videtur, suum hæredem, qui in vulgarem casum substitutum accepit, ex necessario hærede fieri voluntarium, et id quidem ex ratione ipsius juris civilis, quo scilicet patri permissum, necessitatem istam ut in suum solius favorem introductam remittere, et quam etiam tacite remisisse intelligatur, dato filio in vulgarem casum substituto, ut quod alias filius non habuisset nisi jure prætorio, abstinendi nimirum licentiam, id nunc habeat jure proprio acceptum à patre, ac proinde ex jure civili, per *l.* 12. *de cond. instit.*

TEXTUS.

De numero hæredum in singulis gradibus.

1 *Et plures in unius locum possunt substitui, vel unus in plurium, vel singuli in singulorum, vel invicem ipsi, qui hæredes instituti sunt.*

COMMENTARIUS.

1 Complures sunt formæ substituendi. Substituuntur vel extranei, vel ipsi hæredes instituti. Prior species variatur quatuor modis: nam et singuli singulis, et plures pluribus, et plures uni, et pluribus unus substitui potest.

Secundus modus *hoc loco*, et apud Marcianum in *l.* 36. §. 1. *eod.* omissus est forte de industria, quia eadem illius quæ primi ratio est. Illud autem in his omnibus tenendum, ut substitutis locus fiat, necesse esse, ut antea primo gradu instituti defecerint, quocunque casu ex superioribus modis substitutio facta proponatur: hoc enim perpetuo exigit natura et ratio substitutionis, adeo ut nulla etiam videatur esse causa dubitandi, ne in postremo quidem casu, ubi unus pluribus substitutus sit. Nam qui ita loquitur: *Octavius et Nonius hæredes sunto: si non erunt, Decius esto*: is utique aperte significat, se velle, institutos et ambos et singulos substituto præferri, atque hunc non aliter admitti, quam si neuter illorum hæres fuerit; quod ipsum diserte quoque traditum est, *l.* 4. *C. de impub. et al. subst.* Quare vix est ut credam, apud veteres juris Auctores de eo dubitatum fuisse, quamvis id persuasum fuerit Justiniano, *l. pen. C. d. tit.*

2 (*Vel invicem ipsi*). *L.* 37. §. 1. *de hær. instit.* (1). Hæc est substitutio, quam Modestinus *reciprocam* vocat, *l.* 4. §. 1. *hoc tit.* Papinianus *mutuam*, *l.* 64. *de legat.* 2. exemplum extat apud Suetonium in *Tiberio*, *cap. ult.* Doctores vulgo appellant *breviloquam*, vocabulo non satis rei conveniente: neque enim ex verborum brevitate æstimatur; sed ex reciprocatione formulæ, quam nihil prohibet longiore oratione concipere. Modus autem substituendi est, non species substitutionis, ut *superius* diximus, et pupillari quoque convenit *d. l.* 4. §. 1. *hoc tit.*

TEXTUS.

Quam partem singuli substituti accipiant, si partes in substitutione expressæ non sunt.

2 *Et si ex disparibus partibus hæredes scriptos invicem substituerit, et nullam mentionem partium in substitutione habuerit, eas videtur in substitutione partes dedisse, quas in institutione expressit: et ita Divus Pius rescripsit* (2).

COMMENTARIUS.

1 (*Invicem substituerit*). Pluribus hæredibus etiam ex certis partibus institutis, si unus simpliciter substitutus fuerit, hic illis deficientibus totum assem ex substitutioue feret: si plures pluribus eodem modo substituti, singuli ex partibus æqualibus hæredes erunt, licet inæquales adscriptæ sint institutis, quippe cum hic discerni non possit, quis cui substitutus sit. At si singuli singulis, tum eam quisque partem habebit, quæ adscripta primo, cui substitutus est. Dubium quoque non habet, si testator hæredes institutos mutuo substituens in sub-

(1) *L.* 13. *d. tit.* 5. *P.* 6.

(2) *L.* 3. *d. tit.* 5. *P.* 6.

stitutione easdem partes nominatim servari voluit, quas in institutione expressit, aut si alias partes in substitutione fecit, quin voluntas servanda sit. Sed hoc quæsitum est in substitutione reciproca, si testator hæredes ex imparibus partibus institutos invicem simpliciter substituerit, hoc est, nullarum in substitutione partium mentione facta, utrum in partes viriles, an in hæreditarias ex substitutione vocati intelligi debeant. Et D. Pius voluntatem testatoris in hac substitutione sic interpretatus est, ut videatur testator eos vocasse in portiones hæreditarias, hoc est, ex iisdem partibus substituisse, ex quibus instituti sunt, *l.* 24. *hoc tit. et hoc text.* Optima sane ratione: neque enim verisimile est, testatorem pluris eos fecisse in gradu secundo, quam in primo; cum substitueret, quam cum institueret; ut proinde partes, quæ in institutione expressæ sunt, repetitæ videri debeant in substitutione: qua eadem ratione etiam legata ab institutis relicta, à substitutis repetita esse intelliguntur, *l.* 74. *de legat.* 1. Ant. Fab. *C. suo, tit.* 7. *defin.* 3.

2 (*Quas in institutione expressit*). Ulpian. *d. l.* 24. hoc sic temperat: *Nisi alia mens fuerit testatoris*: quibus verbis Interpretes denotari et excipi putant etiam casum, quo omnes invicem substituuntur repetitis in substitutione propriis singulorum nominibus, veluti hoc modo: *Titius ex quincunce, Mævius ex triente, Sempronius ex quadrante, hæredes sunto. Si Titius hæres non erit, Mævius et Sempronius ex parte quoque Titii hæredes sunto.* Hic secundum communem sententiam Mævius et Sempronius in portione deficientis Titii viriles, hoc est, æquales, non hæreditarias partes habebunt: idque ex non obscura voluntate testatoris, qui in substitutione propria cujusque nomina repetens, jam non ad partes in institutione datas, sed ad personas et numerum substitutorum substitutionem retulisse dicendus sit, *l.* 124. *de legat.* 1. Atque hanc sententiam etiam D. Viglius probat, ac præceptori suo D. Francisco Curtio, cui ea displicebat, propterea quod Jurisconsultus in *d. l.* 24. *hoc tit.* requirit voluntatem evidenter expressam, respondet, expressionem propriorum nominum ex interpretatione prudentum vim expressæ voluntatis in hujusmodi quæstionibus habere. Idem probandum est, si testator æquale onus substitutis imposuit, per *l.* 23. *ad SC. Treb.* Gloss. in *l.* 1. *C. de imp. et al. substit.* Gomez 1. *resol.* 5. *n.* 20.

TEXTUS.

Si cohæredi substituto alius substituatur.

3 *Sed si instituto hæredi, cohærede substituto dato, alius ei substitutus fuerit, Divi Severus, et Antoninus sine distinctione rescripseruut, ad utramque partem substitutum admitti.*

COMMENTARIUS.

1 Si paterfamilias Titio et Mævio hæredibus institutis, Titium Mævio sine reciprocatione substituerit, et Titio Sempronium, certum est, deficientis Titii partem non accrescere Mævio cohæredi Titii, sed ad Sempronium jure substitutionis pertinere. Cæterum hæc species *huc* non pertinet. Et male Hotomanus tali exemplo usus est ad *hujus loci* declarationem. *Hic* enim non tantum quæritur de parte ejus, qui cohæredi suo substitutus alium substitutum accepit, sed etiam de parte cohæredis, cui ille alius expresse substitutus non est; et nimirum si uterque defecerit, an pars utriusque ad illum uni tantum substitutum jure substitutionis pertineat: quod *hic* affirmatur, et in *l.* 27. *l.* 41. *in pr. hoc tit.* Ex hoc igitur jure hæc regula fiat: *Substitutus substituto intelligitur etiam substitutus instituto.*

2 (*Sine distinctione ad utramque partem*). Si scilicet neuter hæres extiterit. Videamus primum de partibus: deinde explicabimus, quid illud sit quod ait, *sine distinctione.* De partibus dubitari poterat, non an ambæ ad substitutum pertineant, sed an pertineant jure substitutionis tanquam ad substitutum utrique. Et jure substitutionis pertinere asserendum est. Nam hoc ipsum satis aperte docet *hoc loco* Justinianus, cum ait, substitutum ad utramque partem admitti; admitti videlicet eodem jure atque ex substitutione, de qua sola *hic* disputatur, et quia, ut diserte ait Jurisconsultus in *d. l.* 27. *hoc tit.* in utramque partem substitutus intelligitur. ¿Sed quid refert, ex substitutione, an jure accrescendi dicamus portionem etiam Mævii Sempronio deferri? Nihil quidem admodum in casu proposito. Sed finge, præter Titium et Mævium, Cajum quoque hæredem institutum, hic jam Sempronio proderit, jure substitutionis deferri portionem Mævii, ut excludat Cajum, quem non excluderet in jure accrescendi.

3 ¿Quid autem illud est, quod ait Imp. *sine distinctione admitti?* Nimirum hoc explicandum ex responso Papiniani in *l.* 41. *in pr. hoc tit.* Primum, nihil interesse ratione ordinis scripturæ, utrum ante primam substitutionem secunda facta sit, an postea, veluti in hoc exemplo: *Titius et Mævius hæredes sunto: Si Titius non erit, Sempronius esto: Si Mævius non erit, Titius esto.* Secundo, nihil interesse, utrum prior substitutus post institutum, an ante decesserit. Sed hic Papiniano objicitur Scævola in *l.* 47. *hoc tit.* Species, quam ibi Scævola proponit, est hujusmodi: Qui filium et filiam impuberes habebat, instituto filio hæredem filiam exhæredavit; et si filius intra pubertatem decessisset, filiam eidem substituit: filiæ si antequam nuberet, decessisset, uxorem suam, item sororem. Et respondet, si filia impubes prior decesserit, deinde frater ejus impubes, hæreditatem filii ad uxorem et sororem te-

statoris jure substitutionis non pertinere. Nisi Compositorum socordiæ adscribendum, quod responsum Scævolæ in *Pandectas* retulerint, cum rescripto Impp. Severi, et Antonini distinctio illa qua Scævola utitur, sublata esset; mallem cum Viglio dicere, Imperatorum rescriptum loqui de duabus partibus unius hæreditatis: Scævolam autem respondisse de duabus hæreditatibus, ad quas rescriptum istud temere producendum non sit, sed in quibus vetus distinctio adhuc obtineat; utrum prior substitutus ante, an post institutum decesserit.

TEXTUS.

Si quis servo, qui liber existimabatur, instituto, substitutus fuerit.

4 *Si servum alienum quis patremfamilias arbitratus, hæredem scripserit, et si hæres non esset, Mævium ei substituerit; isque servus jussu domini adierit hæreditatem, (Mævius) substitutus in partem admittitur. Illa enim verba*: Si hæres non erit, *in eo quidem, quem alieno juri subjectum esse testator scit, sic accipiuntur*: Si neque ipse hæres erit, neque alium hæredem effecerit: *in eo vero, quem patremfamilias arbitratur, illud significant*: Si hæreditatem sibi, vel ei, cujus juri postea subjectus esse cœperit, non acquisierit. *Idque Tiberius Cæsar in persona Parthenii servi sui constituit.*

COMMENTARIUS.

1 In explicatione *pr. hujus tit.* diximus, hæc verba: *Si hæres non erit*, in persona patrisfamil. significare, si nec ipse hæres erit, nec alium hæredem mutata postea conditione fecerit. In eo, qui alieno juri subjectus est, eodem sermone hoc significari, si vel ipse hæres non erit, vel ei, cujus juri subjectus est, hæreditatem non acquisierit. Cæterum hoc ita, si testator non ignorabat, eum, quem hæredem instituit, in aliena esse potestate: nam si patremfamil. esse putabat, qui servus alienus erat, hic propter falsam opinionem, et incertitudinem voluntatis testatoris media via electa est, ut substitutus cum domino servi in partem admittatur, *d. l.* 40. *et seq. de hær. inst. et hoc* §. Nam ex ratione juris dominus solus admittendus videbatur, cum magis sequendum id. quod in veritate est, quam quod in opinione. Pro substituto autem facit præsumpta voluntas testatoris, qui non videtur domino consulere voluisse, eum hæredem instituens quem ignorabat dominum habere.

2 Quæsitum est, si filiusfam. hæres institutus, eique hac conditione, si hæres non foret, substitutus datus sit, utrum repudiante filio pater, an substitutus admittendus. Duarenus in *comm. ad hunc tit. cap.* 10. pro patre respondet: Viglius ad *hunc* §. pro substituto. Ego cum Viglio censeo, substitutum patri præferendum, quippe cum ille ex mani-

festo judicio testatoris veniat, hic non item: tum etiam, quia repudiante filio, existit conditio substitutionis, quæ in extraneo hærede instituto, qui alieno juri subjectus est, hunc sensum habet, si neque ipse hæres erit, neque eum, cujus in potestate est, hæredem fecerit, quorum neutrum fit in proposito, *l.* 3. *C. de hæred. inst.* ¿Adhæc, si cohæres filio datus repudiante filio patrem excludit, quanto magis substitutus? Constat enim, jus substitutionis potentius esse jure accrescendi, *l.* 2. §. 8. *de bon. poss. sec. tab.*

3 Argumentum præcipuum ducit Duar. à conditione substitutionis, quam putat non minus repudiante, quam adeunte filio deficere, propterea quod repudiatione sua patrem hæredem faciat, arg. *d. l. ult.* §. 2. *C. de bon. quæ lib.* junct. *d. l.* 40. *de hær. instit. et hoc nostro* §. Verum in hoc manifeste errat: nam etsi per occasionem repudiationis filii pater hoc consequitur, ut ipse hæreditatem filio delatam adire possit, ex *d. l. ult.* non tamen hoc consequitur per filium, sed beneficio legis, quod cessare debet, ubi testator ipse alium hæredem sufficit. Per filium ergo, qui repudiavit, pater hæres non fit, sed sua ipsius aditione, ex persona propria vi constitutionis Justinianeæ, quæ eum habet pro instituto, ubi scilicet alius à testatore non vocatur, ne pereat voluntas testatoris: quod non metuitur quando filiofamil. datus est substitutus, qui adeundo sustinere eam potest. Quare non est constitutio extendenda in præjudicium hujus, quem testator tam aperte dilexit: nam voluntatem testatoris modis omnibus sartam ac tectam leges omnes conservant. Non aliter autem dominus aut pater per servum aut filium hæredes existere possunt, aut hi illos hæredes facere, quam adeundo: repudiando autem nequaquam, *l.* 7. *de adq. hær. l.* 3. *C. de hær. inst. et hoc text.* Et alioqui etiam quivis hæres institutus hæreditatem recusans adire, dici posset, eos qui ab intestato veniunt hæredes facere, et cohæres cohæredem, atque ita fieret, ut fere semper excluderetur substitutus contra manifestam voluntatem testatoris.

4 Nec movere debet quod Ulpian. respondet, filium repudiando patri non nocere, *l.* 13. §. 3. *de adq. hær.* Hoc enim non eam sententiam habet, filio repudiante patrem nihilominus per eum hæredem fieri; sed repudiationem filii non obstare, quominus filius jubente postea patre adhuc adeat. Postremo hoc modo argumentatur Duarenus: Si pater et filius una eademque persona censentur, *l. ult. C. de imp. et al. subst.* nihil referre debet, utrum filius ipse hæres institutus, an pater hæreditatem adeat. Sed non animadvertit, hoc argumentum in se retorqueri posse, hoc modo: Si pater et filius una persona censentur, filio per repudiationem ab hæreditate remoto, etiam pater ejus remotus intelligi debet. Verum hujusmodi fictionibus juris non est abutendum ad ever-



tendas voluntates defunctorum, quæ in testamentis totum faciunt, *l.* 35. §. *rerum* 3. *de hær. inst*, Ita cum Viglio sentiunt et Fach. 4. *cont.* 63. Anton. Fab. *dec.* 33. *err.* 7. Donell. 6. *com.* 24. Dissentiunt cum Duareno Bart. in *l.* 1. *hoc tit.* Gloss. in *d. l. ult.*

5 Solent et aliæ quæstiones hoc loco agitari, quas obiter excutiemus; nam instituti ratio non patitur, ut singula exequamur accurate. Prima est, utrum indigno aliquo hærede instituto, eique substituto dato in casum, quo hæres non erit, fiscus potior sit, an substitutus, hoc est, utrum in proposito fiscus hæreditatem indigno auferat, an locus sit substituto. Ego cum Duar. *d. cap.* 10. et DD. comm. pro fisco contra substitutum responderem, per *text.* in *l.* 12. *et jus regulare, toto tit. de his quæ ut indign.* Neque pœna instituti hæredis debet esse præmium substituti, ut generaliter definit Papinian. *l.* 15. *de senat. Silan.* Non idem juris est in institutione plane incapacis, puta deportati: nam talis institutio cum pro non scripta habeatur, *l.* 1. *C. de hær. inst.* testamentum à substitutione exordium capiet, arg. *l.* 3. §. *ult. de lib. et post.*

6 Alia quæstio est, uter præferendus, substitutusne, an is, in quem extra causam substitutionis hæreditas non adita transmittitur. In hac quæstione duo præmittenda sunt. Primum: nunquam transmitti hæreditatem ut aditam, sed ut adeundam, si proprie loquamur: nam qui ad hæreditatem ab alio aditam venit, non est ejus transmissarius, sed hæres: unde non tam ipsa hæreditas, quam jus eam adeundi transmittitur; neque enim fieri potest, ut plus juris in transmissarium transferatur, quam quod transmissor ipse habebat. Poterit igitur hæres, in quem fit transmissio, hæreditatem derelinquere aut repudiare, sicut transmittens poterat, *l.* 7. §. 1. *de adquir. hæred.* Gomez *var.* 1. cap. 9. *num.* 54. Secundum: eo duntaxat casu transmissioni esse locum, quo hæres scriptus hæreditatem sibi delatam non recusavit, *l. unic. C. de his, qui ante apert. tab.* Jure veteri sui hæredes potestate nudæ existentiæ hæreditatem transmittebant in hæredes quoscunque, *l.* 3. *C. de jur. del. l.* 8. *C. de suis et leg.* Ex constitutione Theodosii liberi omnes delatam sibi à parentibus hæreditatem transmittunt ad descendentes suos, *l. un. C. de his, qui ante apert. tab.* Et denique Justinianus in *l.* 19. *C. de jur. delib.* hoc jus transmittendi protelavit ad cæteros hæredes, statuens, ut omnes omnino sive cognati sint sive extranei, hæreditatem ipsis delatam seu jus eam adeundi transmittant ad eorum quoscunque successores intra annale tempus, quod eisdem hæredibus conceditur. Pro triplici ergo hac transmissariorum differentia primo quæritur, si suus hæres, qui in casum, quo hæres non foret, substitutum accepit, antequam se bonis paternis immiscuisset aut abstinuisset, mortuus sit, utrum vi solius existentiæ hære-

ditatem transmittat ad successores suos, an admittendus potius substitutus. Et hunc transmissarium præferendum substituto aperte probat *l. unic.* §. 13. *C. de cad. tollend.*

7 Secundo, utrum substitutio potior, an transmissio ex constitutione Theodosii *d. l. unic. C. de his qui ant. ap. tab.* Hic item pro transmissario contra substitutum responderem, per *l. unic.* §. 13. *C. de cad. toll.* ubi jus transmittendi, quod ante sui hæredes soli et simpliciter habebant, etiam in casu substitutionis Justinianus diserte extendit ad personas lege Theodosiana comprehensas, Duar. *d. cap.* 10, Anton. Fab. *dec.* 34. *err.* 4.

8 Tertio, utrum transmissio ex lege Justiniani *d. l.* 19. *C. de jur. del.* excludat substitutionem, an hæc illam. Et etiam pro transmissariis Justinianeis respondendum: quia iis eadem jura tributa sunt in *d. l.* 19. quæ transmissariis cæteris competebant: unde cum hi substitutum excludant, etiam Justinianei excludent. Ratio autem, qua plerique moti substitutum hujusmodi transmissariis præferunt, quia nempe in hos non hæreditas, sed jus duntaxat deliberandi transmittitur, captiosa est: quia neque in cæteros transmissarios plus transfertur; cum hæreditas ut adeunda nihil aliud sit, quam jus deliberandi aut eam adeundi.

9 Postremo quæritur, quid juris sit, si institutus beneficio ætatis contra aditionem restitutus sit. Quæstio hæc omnium est difficillima. Sententia communis est, convalescere substitutionem, arg. *l.* 44. *de re judic. l.* 1. §. *antepen. l.* 2. §. 10. *ad SC. Tertyll.* Sed contraria de jure verior videtur, per *l.* 5. *C. de impub. et al. substit. l. ult. de success. edict. l.* 7. §. 10. *de minor.* Neque temere beneficium restitutionis extra personam minoris in alterius favorem porrigi debet. Nunc ad institutum redeamus.

10 (*Mævius in partem admittitur*). Non exprimit in quotam: et ita quoque simpliciter scriptum est in *l.* 41. *de hæred. instit.* Et non ambigo, quin ex æquo; quomodo *hunc locum* et Theophilus interpretatus est: et interpretandum esse vel hoc unum argumento esse debet, quod *partis* nomen, nisi quid aliud adjiciatur, semper dimidiam significet, *l.* 164. §. 1. *de verb. sign. l.* 43. *de usufruct.* Et rogo, in re dubia, ubi paria in utramque partem argumenta afferuntur, quam rationem vel in speciem habere potest inæqualis ista distributio?

TITULUS DECIMUSSEXTUS.

DE PUPILLARI SUBSTITUTIONE.

D. Lib. 28. *Tit.* 6. *Cod. Lib.* 6. *Tit.* 26. (1).

1 Sequitur directæ substitutionis species altera, quæ à subjecto dicitur pupillaris, quia scilicet solis fit pupillis; non ut prior illa promiscue quibusvis. Etsi autem is demum pupillus dicitur: *Qui cum impubes sit, in potestate patris esse desiit, l. pupillus* 139. *de verb. sign.* tamen quia vis omnis testamenti et substitutionis confertur in mortem testatoris, id est, in id tempus, quo filius pupillus futurus est, recte hoc respectu pupillaris vocatur. Et ut genus dividi potest in propriam seu veram, et quasi seu exemplarem. Utraque fit in eum casum, quo institutus hæres erit; propria fit liberis impuberibus, si hæredes extiterint, et intra pubertatem moriantur; quasi seu exemplaris fit mente captis, si hæredes extiterint, et decesserint in eadem mentis alienatione.

TEXTUS.

Forma, effectus, origo, et ratio pupillaris substitutionis.

Liberis suis impuberibus, quos in potestate quis habet, non solum ita, ut supra diximus, substituere potest, id est, ut si hæredes ei non extiterint, alius sit ei hæres, sed eo amplius, ut si hæredes ei extiterint, et adhuc impuberes mortui fuerint, sit eis aliquis hæres; veluti si quis dicat hoc modo: Titius filius meus hæres mihi esto. Et si filius mihi hæres non erit; sive hæres erit, et prius moriatur, quam in suam tutelam venerit, tunc Sejus hæres esto: *quo casu, siquidem non extiterit hæres filius, tunc substitutus patri fit hæres: si vero extiterit hæres filius, et ante pubertatem decesserit, ipsi filio fit hæres substitutus* (2): *nam moribus institutum est, ut quum ejus ætatis filii sint, in qua ipsi sibi testamentum facere non possunt, parentes eis faciant.*

COMMENTARIUS.

1 (*Liberis impuberibus*). *l.* 2. *in pr. eod.* puberibus in tantum non licet, ut etiamsi ab initio facta impuberi substitutio sit, pubertatis tamen adventu vis ejus extinguatur, §. *pen. inf. eod.* (3).

(1) *Tit.* 5. *P.* 6.
(2) *L.* 5. *d. tit.* 5. *P.* 6.
(3) *L.* 10. *d. tit. P.* 6.

Cur autem solis liberis impuberibus hoc modo substitui permissum sit, in fine *hujus* §. dicetur.

2 (*In potestate*). Etenim patriæ hoc datum potestati est (1): et ideo pater filio emancipato ita substituere non potest, *d. l. 2. in pr.* multoque minus mater liberis suis. Namquod in specie *l. 33. eod.* pupillares tabulæ appellantur, quas mater filio impuberi fecit, ex eo minime concludendum est, posse et matrem liberis impuberibus pupillariter substituere. Proponitur enim mater filio impuberi substitutionem fecisse non in casum secundum, si hæres erit, sed in primum: si hæres non erit. Vulgaris igitur illa, non pupillaris substitutio est. Pupillares autem tabulas illas Africanus appellavit, primum ratione objecti, quia substitutio facta filio, dum adhuc esset in ætate pupillari: deinde quia substitutio confertur in mortem impuberis, et in ea specie effectum quodammodosubstitutionis pupillaris habet, saltem quod attinet ad bona matris, ut recte monet, atque hoc Africani responsum temperat Cujac. 2. *ad African.* Consilium hoc prudentum fuit, á quibus excogitata quoque est cautio et velut ratio quædam, qua cum vi et effectu pupillaris substitutionis etiam filio emancipato substituatur, *l. 39. hoc tit.*

3 Non satis autem est, liberos in potestate esse, nisi simul proximum in familia testatoris gradum obtineant, hoc est, sui hæredes sint testatori: nam si, verbi causa, pater nepotem antecedat, non poterit avus huic nepoti pupillariter substituere, quia post mortem avi recasarus est in potestatem patris sui, *d. l. 2. in pr.* quo fit, ut jam non propter ætatem, aut quia impubes testamentum facere non possit aut hæredem ex testamento habere: sed quia filiusfam. cui nec puberi testamenti faciendi jus, et de cujus successione jure veteri omnino quæri non potuit. Plane ex formula legis Vellejæ de qua egimus *supr.* §. 2. *de exhæ. liber.* etiam nepotibus, quos pater præcedit, substitui potest, *d. l. 2. in pr.*

4 Necesse autem est ut substitutio pupillaris valeat, liberos esse in potestate, nedum tempore quo pater moritur, sed etiam eo quo substitutio fit. Nam verba juris de hac substitutione constituti conferuntur in tempus præsens substitutionis, et cum qualitas aliqua requiritur ad constitutionem alicujus actus, ea inesse debet eo tempore, quo actus geritur, *l. 49. §. 1. de hær. instit.* §. 4. *infr. de hær. qual.* tritumque est, quod ab initio non consistit, ex postfacto non posse convalescere. Accedit præterea textus satis clarus in *l. 41. §. 2. hoc tit.* Verba sunt: *Si quis ex his mortis quoque tempore non fuit in familia, substitutio pupillaris fit irrita.* Quibus verbis Jurisconsultus aperte significat, præter tempus mortis aliud quoque esse, quo o-

(1) *D. l. 5. tit. 5. P. 6.*

porteat impuberes esse in familia: hoc autem tempus non aliud intelligi potest, aut debet, quam id, quo fit substitutio. Vide Duaren, ad *hunc tit. cap.* 14. Don. 6. *comm.* 25. et D. Covarr. in *cap. Raynutius de testam.* §. 5.

5 (*Velut si quis &c.*). Formula mixtæ et gemellæ substitutionis, quæ à Modestino duplex dicitur, quia utrumque casum complectitur, et substitutionis vulgaris et pupillaris, *l.* 1. §. 1. *hoc tit.* Atque olim quidem, ut credibile est, qui sibi et liberis suis in utrumque casum prospectum vellent, ex consilio Jurisconsultorum disjunctiva hac formula usi fuerunt; vel quia ex plurium sententia substitutio non operabatur ultra casum expressum; vel quia ob diversitatem sententiarum rerumque judicatarum id incerti adhuc juris erat. Postea autem Impp. Marci et Severi constitutione effectum, ut si pater impuberi filio in alterum casum substituisset, in utrumque casum substituisse intelligeretur, *l. in pr. eod.* Primum igitur, quod positum est extra omnem controversiam, vulgari casu expresso continebitur etiam pupillaris; veluti si pater impuberi filio hæredi instituto ita substituat: *Si filius hæres non erit, Titius esto.* Hic enim placet, Titium etiam in hunc alterum casum: *Et si filius hæres erit, et impubes decesserit*, tacite substitutum videri, *d. l.* 4. *in pr.* nisi voluntas testatoris refragaretur, *l.* 4. *C. eod.* (1). Etenim quod pupillaris substitutio hic quoque admittitur, id fit ex sola conjectura voluntatis, quæ hinc ducitur, quod credibile sit, eum, qui aliquem sibi hæredem esse voluit, si filius non esset, voluisse quoque eundem esse hæredem filio, si filius hæres esset, et intra pubertatem moreretur: utroque enim casu pariter substitutum dilexisse videtur, nec sibi magis prospexisse, quam impuberi filio: cui etiam utile esse creditur, hæredem à patre accipere, *l.* 42. *de adq. hær.*

6 In voluntate autem testatoris manifeste contraria hujusmodi conjecturis non utimur. Quapropter si ille vel nominatim alium in secundum casum substituit, vel in conditione vulgaris substitutionis personam comprehendit, cui pupillariter substitui nequeat: hic qui in primum casum substitutus est, minime intelligi debet substitutus quoque esse in casum secundum, contra manifestam voluntatem testatoris, qui aut expresse in secundum casum substitutum dedit, §. 3. *infr. eod.* aut in conditione substitutionis eum adjecit, cui in secundum substitui non potest; quod cum fit, palam est, testatorem in eum duntaxat casum substitutionem fecisse, quem expressit. Huc etiam pertinet quod dicimus *infr. num.* 17.

7 Porro etiam vice versa expresso casu substitutionis pupillaris dicimus contineri et casum vulgaris. Cæterum hic nobis litem movent Polit. *de subst. pup. quæst.* 8.

(1) *D. l.* 5. *tit.* 5. *P.* 6. *vers.* E aun, cum *seqq.*

num. 39. Vigl. *hic n.* 19. Ant. Fab. *dec.* 32. *err.* 9. *et* 10. pauci (quanquam nonnullos alios Viglius laudat), sed magni viri. Hi multis in contrarium disputant ac serio contendunt, in substitutione pupillari expressa vulgarem tacite nunquam contineri. Nos quidem numero Interpp. nobiscum sentientium longe superiores sumus, sed hoc parum est, nisi legum auctoritate vincimus et ratione. Videamus ergo, an in hac quoque parte nobis cedere debeant. Auctoritate defendimur duplici: primum verbis ipsis constitutionis Impp. Marci et Severi relatis à Modestino *d. l.* 4. *in pr.* quæ hæc sunt: *Cum pater impuberi filio in alterum casum substituisset, in utrumque* &c. Non ait Jurisconsultus, *cum pater in primum casum*, quomodo Impp. loqui debuerant, si tantum in vulgari casu expresso pupillarem contineri significare voluissent; sed *cum in alterum casum*, hoc est, unum ex duobus sine ulla distinctione, primus an secundus tantum expressus fuerit.

8. Secundo et evidentius auctoritate ejusdem Modestini in terminis quæstionem hanc proponentis et decidentis *d. l.* 4. §. 2. Qui duos habebat filios, unum puberem, alterum impuberem, utroque hærede instituto, puberem impuberi substituit in eum casum, quo impubes hæres existeret, et intra pubertatem moreretur: ait Jurisconsultus, hoc casu fratrem puberem in utrumque eventum substitutum videri. Quod autem in *fine ejusdem responsi* monet, ad evitandam omnem quæstionem cautius facturum patrem, si in utrumque casum expresse impuberi substituat, hoc apparet eum facere propterea quod in specie mutuæ substitutionis, qualem ille proposuerat, nimirum cum uterque alteri substituitur, filius impubes puberi vulgariter, pubes impuberi pupillariter, voluntatis quæstio moveri posset, an non quemadmodum pater in unum duntaxat casum, hoc est, in vulgarem puberi substituit, ita vicissim in unum quoque casum tantum, hoc est, in pupillarem videri debeat impuberi substituisse.

9 Deinde fortior voluntatis conjectura est pro intelligenda substitutione vulgari sub pupillari, quam vice versa. Nam si testator, qui duntaxat ad bona sua expresse vocavit substitutum vulgarem, censetur vocasse quoque eumdem ad bona impuberis, adveniente casu pupillaris substitutionis; multo facilius censendus est voluisse, ut substitutus, cui et bona sua et impuberibus reliquit, habeat bona ipsius testatoris sola, existente casu vulgaris substitutionis, cum ad hæc eadem bona eum manifeste vocaverit post pupillum in pupillari ætate decedentem. Ex quo vel solo refelli possunt nullo negotio rationes eorum, qui contra sentiunt: nam auctoritate quidem nulla nituntur, nisi quod Ant. Fab. nobis objicit Javolenum in *l.* 28. *de rub. auct. jud. poss.* quo tamen quod longe aliam quæstionem Juriscons. tractat; nimirum an creditoribus paternis actio detur in substitutum impuberis, qui

patris hæreditate se abstinuit. Infert quidem Javolen. ex eo quod institutus filius paterna se hæreditate abstinuit, bona defuncti tanquam vacantia venisse à creditoribus; sed non ideo protinus concludendum est, substitutum non potuisse admitti vi tacitæ vulgaris: imo existimandum est, ipsum substitutum, qui filii hæreditatem adiit, repudiasse paternam, qua jam filius se abstinuerat, tanquam damnosa.

10 (*Quam in suam tutelam venerit*). Antiqua locutio, qua veteres pupillarem ætatem significabant, *l.* 5. §. 2. *quibus ex caus. in possess.*

11 (*Si quidem non extiterit hæres filius, tunc substitutus patri fit hæres*). Quando accidat, ut pupillus hæres non existat, et substitutus vi vulgaris formulæ patri hæres fiat, diximus in *pr. tituli præcedentis.*

12 (*Si vero extiterit hæres filius*). Videamus item quando filius patri hæres extitisse intelligatur cum hoc effectu, ut filio intra pubertatem mortuo, hæres ei fiat pupillariter substitutus. Et certi juris est, si filius decesserit post immixtionem, substitutum admitti, hæredemque fieri filio. Nec dubitatur, quin idem juris sit, si filius mortuus sit non declarata voluntate sua super immixtione, aut abstentione. Verum illud bellissime quæritur, an etiam filio, qui expresse abstinuit, intra pubertatem mortuo, substituto pupillari locus fiat, et quod dicitur, nuda sui hæredis existentia confirmentur tabulæ patris et pupilli. Dixeris enim, nudam existentiam vim istam habere non posse, ac proinde substitutum in proposito excludi: quem si admittimus, nudæ existentiæ tribuimus vim aditionis: cui consequens hoc absurdum est, suo hæredi frustra in vulgarem casum substitui, cum vulgaris substitutio adita hæreditate expiret.

13 Adhæc, cum dicamus, in substitutione vulgari verba hæc: *Si filius hæres non erit*, ex mente substituentis patris sic accipienda esse, si immiscere se paternæ hæreditati noluerit; etiam ex contrario, quæ sunt pupillaris substitutionis: *Si filius hæres erit*, sic aecipi oportebit, si bonis patris se immiscuerit: ut utrobique immixtio, et non nuda existentia cum aditione conferatur. Quibus etiam accedit, quod apud Julianum relatum est, si duo fuerint à patre instituti cum filio impubere, eidemque substituti, necesse esse ad tabulas patris confirmandas, unum ex iis hæreditatem patris adire, *l.* 11. §. 1. *ad senat. Treb.* Cæterum quominus ita statuamus, impedimur textu expresso *l.* 12. *hoc tit.* item *l.* 42. *de adq. hæred. l.* 28. *de reb. auct. jud. poss.* ubi disputant Jurisconsulti, an pupillo, qui abstinuit bonis patris, mortuo, substituto concedi debeat separatio bonorum patris et filii, ut ex substitutione pupilli tantum hæreditatem adeat: stulte et inepte, si substitutus, abstinente pupillo, nullo modo ex substitutione venire potest. Dicendum ergo omnino est, etiam in casu præsenti, cum pupillus

abstinuit, ex substitutione pupillari hæreditatem deferri substituto, nudæque sui hæredis existentiæ vi confirmari tabulas pupillares: quod etiam perspicue probat *l.* 44. *de re jud. l.* 41. *de adq. hær.*

14 Nec vero adeo absurdum videri debet, quod in substitutione pupillari vim aditionis tribuimus existentiæ; in vulgari autem non nudæ existentiæ, sed immixtioni: non enim necesse est, ut nomen hæredis aut existentiæ in utriusque substitutionis conditione eodem modo explicetur aut accipiatur. Nam ut concedamus, etiam in pupillari substitutione patrem his verbis: *Si filius mihi hæres erit*, de hærede qui cum effectu hæres futurus sit, cogitasse: ratio tamen juris et favor pupilli postulant, ut sola existentia quoad effectum, de quo quærimus, pro aditione habeatur, et sustineantur tabulæ pupillares, cum hoc utile pupillo censeatur, *d. l.* 42. *de adq. hær.* Plane si filio datus sit cohæres extraneus, vulneratur suitas, ut loquitur Porcius ad *tit. de Atil. tut.* atque hic quia vires testamenti à cohærede quoque pro parte pendent, ad confirmationem tabularum et substitutionis pupillaris non sufficit, filium sola potestate juris pro parte sua hæredem extitisse, sed si hic se abstinuerit, ut tabulæ valeant, necesse est, ut patris hæreditas ab extraneo adeatur, *d. l.* 11. §. 1. *ad senat. Treb.* Atque ita quoque explicanda *l.* 2. §. 1. *hoc tit.* Etenim sui hæredis nuda existentia, quæ contingit ipso momento mortis paternæ, non potest in solidum confirmare testamentum, ubi eodem tempore adest hæres alius, qui adire potest. Vid. Bart. in *l.* 12. *hoc tit. et d. l.* 11. §. 1. *ad SC. Treb.* qui meo judicio felicius hæc expedit, quam vel Cujac. 26. *obs.* 1. vel Anton. Fab. *dec.* 31. *err.* 8.

14 (*Ipsi filio fit hæres substitutus*). Et in tantum succedit, quantum filii fuit, cum is moreretur, sive à patre obvenerit, sive quæsitum aliunde. Etenim substitutio pupillaris testamentum pupilli est, in quo testator non suis bonis, sed impuberis hæredem substituit, *l.* 10. §. 5. *hoc tit.* (1). Excipitur substitutus adrogati, ad quem nihil amplius ex substitutione pertinere potest, quam quod ad impuberem pervenit ex bonis aut beneficio adrogatoris, *d. l.* 10. §. 6. (2).

16 Quia vero ex notissima ratione juris, quandiu ex testamento defertur hæreditas, aut saltem spes est fore, ut deferatur, hæredes ab intestato succedere non possunt, certum est, legitimos pupilli hæredes, id est, eos omnes, qui circa substitutionem pupillo ab intestato successuri fuissent, à substituto hæreditatem admittente excludi, et consequenter etiam matrem pupilli (3): quanquam de ea ratio est, cur dubitetur. Nam mater præ legitimis hæredibus hanc prærogativam ha-

(1) *L.* 7. *d. tit.* 5. *P.* 6.
(2) *L.* 9. *eod.*
(3) *L.* 12. *eod.*

bet, quod à liberis præterita testamentum eorum inofficiosum dicere possit. Cum igitur mater hoc jus habeat, cum liberi per se testamentum faciunt, videri potest idem jus etiam tunc matri competere, cum non liberi ipsi sibi, sed pater eis testamentum facit: nam quod quis ex persona et nomine alieno facit, majorem vim habere non potest, quam haberet, si ille ipse id fecisset, cujus nomine factum proponitur, *l.* 51. §. 1. *de proc.* Contrarium tamen diserte ab Ulpiano responsum est *l.* 8. §. 5. *de inoffic. test.* nempe matrem impuberis non posse testamentum inofficiosum dicere, adjecta hac ratione, quia pater hoc ei fecit: quibus verbis hoc significare voluit Jurisconsultus, querelam inofficiosi testamenti hoc colore instituendam, quasi non sanæ mentis fuerit qui testamentum ordinavit: hujus autem rei pupillum argui non posse, qui ipse testamentum non fecit; uxori vero contra mariti testamentum querelam non competere. Neque vero pater, cum liberis suis testamentum facit, testatur ex persona et nudo nomine liberorum, sed jure proprio atque ex persoua sua vi scilicet et potestate juris patrii. Hoc ipsum manifeste quoque confirmat *l.* 9. *C. hoc tit.* quo loco Justinianus prohibet admitti querelam contra substitutionem mente capti, idque ait se constituere ad exemplum substitutionem pupillaris. Negata querela, consequens omnino est, matrem à substituto pupillari excludi etiam quoad legitimam: idque constitutione Bonifacii VIII. nominatim expressum est *cap.* 1. *in fin. de testam. in* 6. *Licet filius*, inquit Pontifex, *testamento suo matrem portione jure naturæ debita privare non possit: pater tamen in testamento, quod filio impuberi facit, potest.*

17. Porro si hoc obtinemus in substitutione pupillari expressa, nulla ratio est, cur non idem statuamus in tacita, quæ vulgari expressa continetur. Nam cum ex constitutione Impp. Marci et Veri hic non minus testamentum, atque ex eo hæredem pupillus habeat, quam si expresse in casum quoque pupillarem substitutum accepisset, ratio juris efficit, ut nemo, sive mater sit, sive quis alius, ad legitimam pupilli successionem venire possit, aut per querelam testamentum evertere. Quæ sententia satis aperte confirmatur à sensu contrario in *l.* 2. *hoc tit.* in qua Impp. respondent, ideo in specie *illic* proposita matrem admitti, quia testator, filio impubere et aliis quibusdam personis non ejusdem conditionis hæredibus institutis et invicem substitutis, non intelligitur sensisse de alio casu, quam qui in omnium persona locum habere potest, id est, de vulgari tantum (1): quo non obscure significatur, si personis omnium uterque casus conveniret, aliud respondendum esse; quo etiam faciunt *l.* 45. *hoc tit. l.* 4. *C. eod.*

(1) *D. l.* 5. *tit.* 5. *P.* 6. Fueras ende, cum *seqq.*

18 Sed duo loci hic nobis objiciuntur, *l. 8. C. hoc tit. et l. ult. C. de inst. et subst.* Ad priorem bene respondet Puga *cap. 4. de vulg. et pupill. subst. num. 7.* intelligi debere de eo casu, quo filius institutus post pubertatem decesserit, et merito rejicit *num. 6.* opinionem existimantium in testamento militari, vulgarem substitutionem expressam non continere pupillarem tacitam. In *l. ult. C. de instit. et substit.* hic casus proponitur: Testator posthumum et uxorem hæredes scripsit, et si posthumus natus non esset, Mævium sibi hæredem esse voluit. Natus est posthumus, et impubes superstite matre decessit. Papinianus et Ulpianus putaverunt, voluntatis esse quæstionem, et matrem potius quam substitutum ad successionem impuberis admittendam: et secundum eos Justinianus quæstionem sic decidit, ut nolit substitutionem istam vim tacitæ pupillaris habere adversus matrem, id est, si posthumus natus impubes viva matre decesserit: sin illa prior mortua sit, valere adversus cæteros. ¿Quis vero non videt, hujus constitutionis speciem et rationem singularem esse, ac proinde non facile ad alios casus porrigendam? Ostendunt hoc verba, *in hac specie, in hujusmodi casu*, et ¿quo colore alioqui Papin. et Ulp. post constitutionem D. Marci voluntatis hic esse quæstionem respondissent? Credibile autem est, Jurisconsultos et Imp. in casu, ut propositus est, considerasse primum, quod mater ex parte hæreditatis et ipsa instituta fuit, posthumoque cohæres data, si posthumum nasci contingeret. Hinc enim non levis conjectura pro matre oritur, quod scilicet testator uxorem suam, quam ita dilexit, ut eam sibi quoque cum filio hæredem esse voluerit, minime credendus sit voluisse excludere à luctuosa hæreditate filii.

19 Deinde, quod substitutio facta proponitur, non in casum illum generalem et germanum substitutionis vulgaris: *Si filius posthumus hæres non erit*, sed in casum specialem et nominatim in hunc: *Si posthumus natus non erit.* Unde iterum nova conjectura pro matre, nimirum non temere, ubi mater in medio est, et præsertim cohæres posthumo data, hunc casum: *Si posthumus natus non erit*, trahendum esse ad oppositum: *Si posthumus natus fuerit, et impubes decesserit*; ne fiat contra voluntatem testatoris, qui non videtur eum, quem posthumo substituit, et sibi hæredem designat nominatim in eum casum, quo posthumus natus non fuerit, et quo existente nec mater, nec filius, nec hæreditas filii intelligi potest, etiam in contrarium casum, si natus fuerit posthumus, et viva matre decesserit, ipsi posthumo hæredem esse voluisse, exclusa matre à luctuosa filii hæreditate. Proinde concludimus, pro substituto semper respondendum esse, etiam cum mater in medio est, sive de expressa sive de tacita pupillari quæratur, quoties ex certis, aut probabilibus conjecturis colligi non

potest voluntatem testatoris refragari: ita et Vigl. *hic*, Don. ad *l.* 8. *C. hoc tit.* Ant. Faber. 15. *conject.* 9. *et seq. et dec.* 33. *err.* 5. late Vasq. *de succ. prog.* §. 15. *num* 55 *et seq.* Dissentiunt DD. Gloss. in *d. l.* 9. Gomez 1. *resol.* 4. *num.* 8. Covarr. in *cap. Raynutius de testam.* § 4. *num.* 6. Fachin. 4. *controv.* 40. *et* 41.

20 " In Hispania, quamvis »in *vers.* E aun deci nos, *l.* 10. »*tit.* 5. *P.* 6. manifeste et indi»stincte statuatur non esse locum »substitutioni pupillari, si filius »noluerit hæres esse, nullam in »eo fraudem faciens; tamen eum »restringit Greg. Lop. *gloss.* 10. »*ejusdem l.* ad casum, quo filio »instituto cohæres extraneus da»tus est. Et sane *laudatus vers.* »non obscure desumptus est ex »*l.* 2. §. 1. *de vulg. et pupill. subst.* »quæ utique intelligenda de ca»su, quo extraneus institutus est, »ut bene probat Santolaria in *l.* »42. *de adq. hær. n.* 11. Et hodie »stante *l.* 1. *tit.* 18. *lib.* 10. *N. R.* »quæ vult sustineri legata et cæ»tera in testamento contenta, »quando hæres institutus hæres »esse noluerit, omnis dubitatio, »qua alioqui substitutus impedi»ri posset, sublata est, ut recte »monet Anton. Torres *hic vers.* »*Si vero.*

21 »Obiter quoque monendi »sumus non posse apud nos a»vum pupillariter substituere ne»poti, quandoquidem hic in il»lius potestate non est, ut vidi»mus in §. 3. *de patr. pot.* "

(1) *L.* 11. *d. tit.* 5. *P.* 6.

TEXTUS.

De substitutione mente capti.

1 *Qua ratione excitati, etiam constitutionem posuimus in nostro Codice, qua prospectum est, ut si qui mente captos habeant filios, vel nepotes, vel pronepotes, cujuscunque sexus vel gradus, liceat eis, etsi puberes sint, ad exemplum pupillaris substitutionis certas personas substituere: sin autem resipuerint, eandem substitutionem infirmari sancimus: et hoc ad exemplum pupillaris substitutionis, quæ, postquam pupillus adoleverit, infirmatur* (1).

COMMENTARIUS.

1 *Hoc* §. agitur de substitutione mente capti, quæ substitutione pupillari finitima est, atque ejus species quædam imperfecta: unde à nonnullis *quasi pupillaris* dicitur. Veteres Interpp. *exemplarem* vocant, eo quod ad exemplum pupillaris introducta est (2). Sciendum vero, ante tempora Justiniani neque lege, neque moribus licuisse parentibus, liberis suis puberibus testamentum facere sive substituere prætextu vitii alicujus, sive animi sive corporis, ob quod ipsi testamentum facere non poterant, nisi, ut id sibi liceret, specialiter à Principe impetrassent, *l.* 43. *hoc tit.* quod quia vel non semper impetrari,

(2) *D. l.* 11.

aut non sine magna molestia poterat, humanum tamen videbatur, Justinianus jus regulare fecit, atque ex privilegiario commune, data parentibus potestate, quantumvis non impetrata à Principe licentia, liberis suis mente captis, licet puberes sint, ad eum modum substituendi, quo jam antea ex more recepto parens filio impuberi substituere poterat, nimirum in eum casum, quo hætedes existerent, et in eadem constitutione mentis decederent, *l.* 9. *C. hoc tit.* Utriusque hujus substitutionis similitudo et dissimilitudo ostendetur in progressu.

2 (*Qua ratione*). Nimirum eadem illa, quam modo dixit causam fuisse comparandæ atque in mores inducendæ substitutionis pupillaris. Hoc enim significat, eadem ratione, qua antea receptum fuit, ut parentes liberis impuberibus testamentum facerent, quia scilicet liberi ipsi propter ætatem sibi facere non poterant, se excitatum permisisse parentibus substituere liberis etiam puberibus, qui non sanæ mentis sunt, et ob eam causam ipsi testari non possunt.

3 (*Ut si qui*). Sine distinctione sexus aut gradus, aut potestatis parentum: ne quis ex similitudine substitutionis pupillaris hoc ad eos parentes tantum referat, qui liberos habent in potestate. Etenim substitutio hæc non ex ratione aliqua juris civilis, sed ex sola humanitate, affectione, pietate et cura parentum erga liberos introducta est, quæ eadem est in omnibus parentibus, *d. l.* 9. quod tamen timidius diceremus, nisi ipsis legis verbis parentibus omnibus eadem potestas tribueretur: *Parenti, qui vel quæ testatur, testatori vel testatrici.* Poterit igitur et mater hoc modo substituere, et avia, et pater filio emancipato (1). Atque hæc est prima hujus substitutionis et pupillaris differentia. Quod si mente capto emancipato uterque parens superstes sit, rationi juris consentaneum est, ut patris potius quam matris substitutio rata sit, ut recte Vasq. *lib.* 2. *de succ. prog.* §. 17. *num.* 39. *et seq.* Donell. 6. *comm.* 27. Quamvis receptum magis, ut cujusque substitutio valeat in bonis ab eo profectis, teste Sichardo in *d. l.* 9. *num.* 8. quod etiam probat D. Perez in *C. hoc tit. num.* 31. Sed hoc neque naturæ hujus substitutionis communi cum pupillari videtur convenire: nam utraque fit bonis liberorum omnibus; et insolens est, aliquem cum duobus testamentis decedere.

4 (*Mente captos*). Existimo constitutionem Justiniani ad prodigos, atque adeo ad surdos et mutos quoque liberos porrigendam: quo casu ipsi testari non possunt: quæ et communis sententia est, fundata in constitutionis humanitate et ratione, quæ his omnibus convenit, nimirum ut qui ipsi sibi testamentum facere non possunt, parentes eis faciant, quodque olim non licebat nisi ex privilegio, nunc liceat jure com-

(1) *D. l.* 11. *tit.* 5. *P.* 6.

muni, Gomez 1. *resol.* 6. *nn.* 3. *et* 4. Covarr. in *cap. Raynutius*, §. 6. *n.* 1. Plane ad phreneticos constitutionem non pertinere tradunt comm. DD. et probat Vasq. *d.* §. 17. *n.* 108. per verbum constitutionis *perpetuo.*

5 (*Etsi puberes sint*). Secunda differentia, quæ principalis est inter hanc substitutionem et pupillarem. Ait, *etsi puberes.* ¿Licetne ergo etiam impuberibus exemplariter substituere? De patre, qui emancipavit, non quæritur, nec de matre substituere volente; quoniam in his terminis sola exemplaris locum habet: sed de patre in cujus potestate est impubes mente captus. Ratio dubitandi orta à simili. Quemadmodum enim curatio agnatorum, in qua lex XII. Tab. jubet esse furiosos, ad impuberes non pertinet, qui ex jure ordinario in tutela sunt, *l.* 3. *de tutel.* ita videri potest, nec pertinere ad eos hæc extraordinaria substitutio, cum pater jure ordinario his substituere possit pupillariter. Sed non sunt hæc similia: nam finita tutela succedit, et administrationem bonorum puberis suscipit curator, quem lex aut Magistratus tutori subrogat, ut in omnem eventum hic furioso prospectum sit: finita autem substitutione pupillari, et durante adhuc mentis alienatione, non succedit exemplaris substitutio, neque quisquam est, qui hæredem mente capto dare queat. Quamobrem magis est, ut dicamus, posse patrem etiam exemplariter filio substituere, ut duret ea substitutio etiam post pubertatem, quandiu manet eadem mentis constitutio, ita et Duar. in *tit. de vulg. et pup. cap.* 19. et DD. comm.

6 (*Ad exemplum pupillaris subssit.*). His verbis significatur licere patri filio mente capto substituere in casum secundum: *Si filius hæres erit*, ut receptum est in pupillari. Deinde etiam debere patrem, qui exemplariter substituit, sibi prius testamentum facere, sibique in eo hæredem instituere, quam filio substituat, perinde ut in substitutione pupillari, §. 5. *infr. eod.*

7 (*Certas personas*). Differentia tertia. In substitutione pupillari licet impuberi filio quosvis substituere, etiam fratribus ejus præteritis: in substitutione mente capti non licet; sed in hac primum liberi, si quos habet: dein his non extantibus fratres mente capti substituendi sunt: demum si nec fratres erunt, permissum substituere quemlibet, *d. l.* 9. *C. hoc tit.* Et notandum, quod in *constitutione* adjicitur, non esse necesse, si plures sint mente capto liberi aut fratres, ut substituantur, omnes, sed satis esse, vel unum ex iis substitui, ut valeat substitutio, licet reliqui non sint exhæredati: nihil enim de cæteris exhæredandis exprimitur.

8 (*Sin autem resipuerint, infirmari*). (1). Deficiente nimirum conditione hujus substitutionis: ut enim pupillaris substitutionis hæc propria est: *Si filius impubes de-*

(1) *D. l.* 11. *tit.* 5. *P.* 6.

cesserit, ita exemplaris hæc propria: *Si mente captus in eadem constitutione mentis decesserit*; ac proinde ut illa pubertate, ita hæc finitur resipiscentia: quomodo veteres quoque principalia rescripta interpretati sunt, quibus specialiter aliquibus concessum erat, liberis puberibus ob infirmitatem aliquam, propter quam ipsi testari non poterant, testamentum facere: iniquum enim esset, testamenti factionem adimere homini sani sensus et mentis, *l.* 43. *hoc tit.* ubi indicatur alius quoque modus, quo hæc substitutio infirmatur, sui hæredis agnatio (1). ¿Quid autem si filius in eandem mentis abalienationem reciderit? Zasius *tract. subst. exempl.* post Baldum et Salicet. in *d. l.* 9. *C. hoc tit.* distinguit inter modicum et longum intervallum, ut illo casu duret, hoc evanescat substitutio, quod et Covarr. in *d. cap. Raynutius*, §. 6. *num.* 11. probat. Perezius ad *eund. tit. C. num.* 33. indistincte negat unquam convalescere. Vasquius contra convalescere ait, sed ita, quasi interim non extinctam, idque etiamsi filius tempore mortis paternæ adhuc sit sanæ mentis, *lib.* 2. *de succes. progress.* §. 17. *num.* 48. *et seqq.* quæ etiam est communis opinio secundum Jason. et alios à Vasquio et Covarr. allegatos. Ratio juris suadet ut dicamus, cum Donell. 6. *comm.* 27. siquidem filius vivo adhuc patre in eundem morbum reciderit, magis esse, ut substitutio duret, arg. *l.* 6. §. 2. *de hær. inst.* §. 4. *infr. de hær. qual.* nisi forte per id tempus, quo sanæ mentis fuit, ipse testamentum fecerit, per §. 1. *supr. quib. non est perm. fac. test.* Quod si tempore mortis testatoris sanæ mentis fuerit, evanescere substitutionem, arg. *l.* 41. §. 2. *hoc tit.*

(1) *D. l.* 11. *eod.*

9 " In Hispania, si mente capto, cui parens substituit, fuerint liberi, eos omnes substitui necesse erit: at his non extantibus non omnes mente capti fratres substituendi; sed unum duntaxat sufficiet substituere, arg. *l.* 11. *tit.* 5. *P.* 6. Et cum filius-fam. testamentum habere queat, ut vidimus in *pr. quib. non est per. fac. test.* nihil oberit matri, quominus filio suo mente capto in potestate patris existenti exemplariter substituat: quod juri Romanorum non congruit."

TEXTUS.

Proprium pupillaris substitutionis.

2 *Igitur in pupillari substitutione secundum præfatum modum ordinata duo quodammodo sunt testamenta: alterum patris, alterum filii, tanquam si ipse filius sibi hæredem instituisset: aut certe unum testamentum est duarum causarum, id est, duarum hæreditatum.*

COMMENTARIUS.

1 Redit Imp. ad institutam initio disputationem de sub-

stitutione pupillari. Ait, in ea substitutione duo quodammodo esse testamenta: quæ verba captanda non sunt. Etenim non hic eorum sensus est, in pupillari substitutione, quatenus sola et per se spectatur, duo esse testamenta, quæ oratio implicaret contradictionem: quippe in pupillari substitutione soli pupillo hæres datur, cujus idcirco etiam testamentum dicitur, licet patrem auctorem habeat, *l.* 20. *hoc tit.* et passim; ea vero pars, qua impubes ipse, aut alius hæres instituitur, patris testamentum constituit, nulloque modo appellari potest substitutio pupillaris. Sed ita accipienda sunt, ut simul comprehendatur ipsa impuberis institutio secundum formulam in *pr.* traditam: quod ostendunt verba: *Secundum præfatum modum ordinata.* Hoc sensu recte dicitur, duo hic quodammodo testamenta esse: alterum patris, alterum filii. Hinc enim est, quod utriusque mors spectanda: duplex item apertura tabularum, si pupillares seorsum obsignatæ, *l.* 8. *testam. quem. aper.* quod pater una hora sibi, altera filio hæredem facere potest, *l.* 16. §. 1. *hoc tit.* sibi per scripturam, filio per nuncupationem; et contra, *d. l.* 20. *eod.* quod filio substitutus, eo abstinente, non cogitur paternis creditoribus respondere, *l.* 42. *de adq. hær.* et apparet hoc luculentius in substitutione exhæredati.

2 (*Unum testamentum duarum causarum*). Recte quoque, sed sensu diverso, unum *hic* esse testamentum dicitur, *l.* 2. §. 4. *d. l.* 20. *hoc tit.* nimirum, tum ratione causæ efficientis, quia unum duntaxat auctorem habet; tum formalis, quia unica solemnitate contentum, veluti unis septem testium signaculis, *d. l.* 20. tum ratione subsistentiæ, quia pupillare testamentum per se non subsistit, sed paterni accessio est, quo rupto, rescisso aut irrito facto, simul concidit, *l.* 16. §. 1. *eod.* §. 5. *infr. hoc tit.* Atque hinc est, quod in tabulis patris et filii una Falcidia servatur, *l.* 11. §. 5. *ad l. Falcid.* quod juri accrescendi locus est inter patris et pupilli tabularum legatarios, ut inter se conjunctos, *l.* 34. §. *sed si* 10. *de legat.* 1. et si quæ sunt alia generis ejusdem. Hotomanus singula accurate persecutus est.

TEXTUS.

Alia forma substituendi pupillariter.

3 *Sin autem quis ita formidolosus sit, ut timeat, ne filius suus pupillus adhuc ex eo quod palam substitutum acceperit, post obitum ejus periculo insidiarum subjaceat, vulgarem quidem substitutionem palam facere, et in primis testamenti partibus ordinare debet: illam autem substitutionem, per quam si hæres extiterit pupillus, et intra pubertatem decesserit, substitutus vocatur, separatim in inferioribus partibus scribere debet, eamque partem proprio lino, propriaque cera consignare: et in priore parte testamenti cavere, ne inferio-*

res tabulæ vivo filio et adhuc impubere aperiantur (1). *Illud palam est, non ideo minus valere substitutionem impuberis filii, quod in iisdem tabulis scripta sit, quibus sibi quisque hæredem instituisset: quamvis pupillo hoc periculosum sit.*

COMMENTARIUS.

1 Quia substitutio hæc pupillo periculosa videtur, consilium *hoc loco* parentibus datur, ut eam in ima parte tabularum scribant, linoque proprio trajecto constrictam obsignent, caveantque, ne vivo et adhuc impubere filio aperiantur.

2 (*Periculo insidiarum subjaceat*). Vulgaris substitutio rarius periculum liberis impuberibus creat, quia adita hæreditate spes omnis successionis substituto præciditur. Potest tamen et ipsa causam præbere insidiis. Apud Ciceronem in *orat. pro Cluent. cap.* 11. legimus, mulierem quandam Milesiam, accepta à secundis hæredibus pecunia partum sibi medicamentis abegisse: cujus rei meminit Triphon. *l.* 39. *de pœn.* Citius autem periculum metuitur à substituto pupillariter, si is, mortuo patre pueri custode, se esse substitutum cognoscat: hic enim majorem occasionem habet vitæ pupilli struendi insidias, eumque, antequam pubescat, è medio tollendi. In cujusmodi scelus impulsus hac occasione fuit tutor ille, quem Sergius Galba ob id cruce affecit: nimirum quod pupillum, cui substitutus hæres erat, veneno necasset, Suet. in *Galb. cap.* 9. Scilicet ea vulgo est hominum improbitas, ut spe luculentæ hæreditatis aut similis lucri, quod post obitum alicujus se percepturos certo sciunt, facille impellantur ad affectandam illius mortem. Novum est illud Persianum *satyr.* 2. *vers.* 12. *de* improbo insidiatore pupilli, cui hæres substitutus erat:

.....Pupillumve utinam, quem
proximus hæres
Impello; expungam!

Eodemque pertinent illa Horatii *lib.* 2. *satyr.* 1. *vers.* 48.

Arrĕpe officiosus, ut et scribare secundus
Hæres: et si quis casus puerum egerit Orco,
In vacuum venias.

3 (*Primis testamenti partibus*). Tabulæ testamenti in plures partes dividi possunt, singulæque partes seorsum obsignari, ita ut priores sine posterioribus commode aperiri et resignari queant. Primam testamenti partem Horatius *d. satyr.* 5. *vers.* 53 *primam ceram* vocat, sicut Tranquillus in *Julio cap.* 83. partes inferiores, *imam ceram.* Cicero *Verr.* 3. *extremam ceram codicis.* Quod intelligendum est ex consuetudine veterum Romanorum, qui in tabulis ceratis scribere solevant. Quamvis interdum etiam chartis et membranis uterentur, §. 12. *sup. de testam. ord.*

4 (*Cavere, ne inferiores tabu-*

(1) *L. 6. tit. 2. P. 6.*

læ aperiantur). Pupillares tabulas aperiri plerumque vetabat parens, *l.* 3. *C. quemad. test. ap.* aut vetuisse intelligebatur, si seorsum eas signatas reliquisset, *l.* 8. *ff. eod.*

TEXTUS.

Quibus substituitur.

4 *Non solum tamen hæredibus institutis impuberibus liberis ita substituere parentes possunt, ut si hæredes eis extiterint, et ante pubertatem mortui fuerint, sit eis hæres is, quem ipsi voluerint: sed etiam exhæredatis. Itaque eo casu, si quid exhæredato pupillo ex hæreditatibus, legatisve aut donationibus propinquorum atque amicorum acquisitum fuerit, id omne ad substitutum pertinebit* (1). *Quæcunque diximus de substitutione impuberum liberorum, vel hæredum institutorum, vel exhæredatorum, eadem etiam de posthumis intelligimus.*

COMMENTARIUS.

1 (*Sed etiam exhæredatis*). Non ait, præteritis, quia sic testamentum patris ipso jure nullum esset, *l.* 1. *de injust. rupt. l.* 30. *de lib. et posthum.* Exhæredatis autem recte substituitur, *l.* 1. §. 2. *l.* 10. §. 5. *hoc tit.* nimirum jus hoc substituendi, ut et tutores dandi, non ab institutione hæredis, sed à potestate patris pendet: quippe qui non suis bonis, sed impuberis substituit: quo argumento utitur Ulp. *d. l.* 10. §. 5. Quamobrem etsi hodie bonorum adventitiorum proprietas patri non quæritur, non eo tamen minus substituere filio exhæredato poterit. Neque in eo injuria fit exhæredato, quod pater ei hæredem dat; quin potius ad utilitatem pupilli hoc spectare creditur, *l.* 42. *de adq. hær.* ¿Sed quibus verbis hæc substitutio concipienda est? Non enim potest concipi eadem formula, qua utimur in substitutione filii hæredis instituti: *Si hæres erit, et intra pubertatem decedet.* Nimirum posterior tantum hujus conditionis pars exprimenda. Formula hæc sit: *Titius hæres esto; filius exhæres. Si filius impubes moriatur, Sempronius ei hæres esto.* Ex quo apparet, veram hic substitutionem nullam esse, ac ne vix quidem coloratam.

2 (*Pupillo ex hæreditatibus, legatisve*). Nam uti modo dictum est, non suis, sed impuberis bonis testator substituit. Turbavit hic multos vitiosa lectio *l.* 41 §. 4. *de test. mil.* Sic enim is locus in vulgatis codicibus legitur: *Exhæredato miles et emancipato filio substituere potest. Verum hoc jus in his exercebitur, quæ ab ipso ad eum, cui substituit, pervenerunt: non etiam in his, quæ habuerit, vel postea acquisierit.* Quod si exhæredato filio à milite substitutus ea tantum accipit, quæ à testatore profecta sunt; nihil amplius ei tribuendum, si substitutus sit à pagano. Cæterum aliud ratio juris efflagitat: nec re-

(1) *L.* 6. *d. tit.* 5. *P.* 6.

sponsum istud, si ita legas, defendi potest à summa absurditate. Quod cum animadverteret D. Viglius, ausus est, quanquam nullius fretus codicis auctoritate, locum aliter interpungere, dictioneque *exhæredato, in calcem præced.* §. transposita, *novum* sic inchoare: *Miles et emancipato filio etc.* quam viri doctissimi et prudentissimi interpunctionem postea compertum est *Pisani codicis* auctoritate confirmari.

3 (*Ad substitutum pertinebit*). Hoc igitur certo constitutum est, licere patri substituere filio impuberi etiam exhæredato, atque ex hac substitutione ad substitutum pertinere adventitia exhæredati emolumenta. Sed hac occasione duo quæsita sunt: primum, an quemadmodum pater exhæredato recte substituit, ita etiam ab eo legatum aut fideicommissum recte relinquat: alterum, an à substituto exhæredati legatum aut fideicommissum dare valeat. Primum quod attinet, placet, patrem à filio, quem exhæredavit, legare aut fideicommissum relinquere non posse, *l.* 41. §. 3. *hoc tit.* (1). Alia enim ratio est substitutionis, alia legatorum sive fideicommissorum. Legata et fideicommissa onera sunt: ac proinde aliis imponi non possunt, quam iis, quos defunctus honoravit, et tantum pro modo relicti, *d. l.* 41. §. 3. *l.* 1. §. 6. *de legat.* 3. *l.* 9. *C. d. fideic.* Substitutio vero onus nullum continet (neque enim onus est hæredem habere), sed est provisio pertinens ad commodum ipsius pupilli. Atque hinc quoque judicandum de altero. Nam si ab exhæredato legari non potest, nec poterit à substituto ejus (2). Ratio enim non patitur, ut plus juris habeat testator circa personam substituti, quam habet in eo, cui substituit, *l.* 87. §. 7. *vers. dicet aliquis, ad leg. Falc. l.* 126. *de legat.* 1. Plane quemadmodum filius exhæredatus, si legatum vel fideicommissum à patre accepit, fideicommisso itidem à patre gravari potest, *d. l.* 41. §. 3. ita et eo casu poterit substitutus, si juris rationem spectes, *l.* 5. §. 1. *de legat.* 3. Contrarium tamen in odium exhæredationis constituit Justinianus *l.* 24. *C. de legat.* (3).

4 Illud hic indagare lubet, verumne sit, quod nonnullis visum est, per exhæredationem tolli jus suitatis. Et cum neque substitutus pupillaris, neque tutor dari possit nisi ei qui suus hæres est, *l.* 2. *hoc tit. l.* 73. §. 1. *de div. reg. jur.* et uterque dari queat filio exhæredato, *hoc text. l.* 4. *de testam. tut.* facile patet falsam esse opinionem existimantium suitatem tolli per exhæredationem. Id ipsum evincit definitio sui hæredis tradita *infr.* §. 1. *de hær. qual. et dif.* quia exhæredati in potestate patris fuerunt tempore mortis ejus, primumque locum in familia occupant: alias enim filii exhæredati persona non obstaret nepoti quominus hic primum in

(1) *Arg. l.* 3. *tit.* 9. *P.* 6. *vers.* Fueras ende, cum *seq.*

(2) *D. l.* 3. *ead.*

(3) *D. l.* 3. *eod.*

familia avi locum obtineret, et præteritus quasi agnascendo testamentum ejus rumperet: quod falsum esse constat, *l. 6. de injust. rup. l. 7. unde lib.*

5 Non obstat *l. 1. §. 5. de conj. cum emanc. lib.* ubi dicitur exhæredatum pro mortuo haberi: quia id tantum dicitur quoad edictum illud de conjungendis cum emancipato liberis ejus; quatenus Prætor non admittebat ad successionem avi, simul cum hujus nepotibus in potestate existentibus filium emancipatum qui exhæredatus erat, sed præteritum duntaxat. In *l. 9. §. 2. de lib. et posth.* quæ etiam in contrarium adducitur, ubi legitur *filii jus*, legendum *ejus jus*, ut hoc referatur ad nepotem, cujus jus per exhæredationem patris abscissum est, cum nec defuncto patre ad successionem avi admittatur, *d. l. 9. §. 2. l. 6. de inj. rupt.* vide Anton. Fab. 10. *conject.* 12. Sed neque obstat, quod Ulp. in *l. 1. §. 10. de suis et leg. hær.* adducat exhæredatos in exemplum eorum qui sui hæredes non extiterunt. Nam *ibi* Ulp. per verba *sui hæredes non extiterunt* non significat *suitatem amiserunt*, sed *hæreditatem non obtinuerunt*: quasi diceret, non impediri exhæredatos quominus patris sui sint consanguinei, quod patris hæreditate priventur, cum nihilominus eidem sanguine sint conjuncti. Sunt igitur exhæredati sui hæredes patri suo, hujusque hæreditatem qua tales obtinebunt, si patris testamentum deseratur, vel quoquo modo infirmetur.

TEXTUS.

Pupillare testamentum sequela paterni.

5 *Liberis autem suis testamentum nemo facere potest, nisi et sibi faciat: nam pupillare testamentum pars et sequela est paterni testamenti: adeo ut si patris testamentum non valeat, nec filii qnidem valebit* (1).

COMMENTARIUS.

1 Permissum quidem patri est, suo testamento perfecto, alio tempore filio testamentum facere, *l. 16. §. 1. hoc tit.* aut sibi per scripturam, filio per nuncupationem, vel contra, *l. 20. §. 1. eod.* et vel instituto filio vel exhæredato. Cæterum necessarium omnino est, ut sibi quoque hæredem faciat, qui filio vult facere, *l. 2. §. 1. eod.* Incongruens enim visum est, eum, qui ipse intestatus decedere cupit, filio suo hæredem testamento dare: tantumque concessum patri sibi testamentum facienti, simul filio impuberi prospicere. Ex quo efficitur, testamentum patris principale esse, filii accessorium et paterni appendicem, ac proinde hoc sine illo non consistere, ex tritissima juris regula, *l. 129. §. 1. de div. reg. jur.* Cæterum hoc in paganis obtinet; militi enim ex

(1) *Arg. l. 10. d. tit. 5. P. 6. in fin.*

privilegio indultum, ut soli filio hæredem facere possit, tametsi sibi non fecerit, *l.* 15. §. 5. *de test. milit.*

2 (*Nisi et sibi faciat*). Imo nisi sibi prius faciat, deinde filio: nec converso modo à filii testamento incipiat, *d. l.* 2. §. 4. *et* §. *ult. hoc tit.* Quippe hic ordo naturæ est, ut sit et præcedat aliquid principale, cui quid accedere volumus, quod per se solum subsistere nequit. Filii autem testamentum sequela est et accessio paterni, ita ex paternis tabulis pendens, ut sine illis non subsistat. Atque hæc ita obtinent, si ex intervallo diversisque tabulis pater sibi hæredem scribat, et filio substituat. Si vero conjunctim eodem tempore ac contextu utrumque fiat, placet substitutionem valere, licet conversa scriptura filii testamentum factum fuerit: veluti si quis ita scripserit: *Si filius meus intra pubertatem decesserit, Sejus hæres esto, Filius hæres esto, d. l.* 2. §. 5. et merito: quia in conjunctionibus nullus ordo est, nec quicquam interest, utrum prius, utrum posterius dicatur scribaturve, teste Alfeno in *l.* 14. *de pecul. legat.*

3 (*Nec filii quidem valebit*). Nam, ut dictum est, cùm principalis causa non subsistit, ne ea quidem, quæ sequelæ et accessionis vicem obtinent, consistere possunt, *l.* 129. §. 1. *l.* 178. *de div. reg. jur.* Hinc fit, ut non tantum ab initio pupillares tabulæ non subsistant, si patris testamentum ab initio nullum sit; verum etiam corruant, si patris testamentum, quod recte factum erat, postea infirmetur (1), puta aut rumpatur agnatione vel quasi agnatione sui hæredis, *l.* 2. *in pr. hoc tit.* aut inofficiosum in totum pronuncietur, *l.* 8. §. 5. *in fin. de inoff. test.* aut irritum fiat testatore capite minuto, aut non adita ex testamento hæreditate, *l.* 10. §. 4. *eod.* plane si suus hæres testamento patris sit institutus, puta pupillus ipse, nihil amplius ad confirmationem testamenti desideratur, quam ut is mortuo patri sit superstes, licet se abstineat: nam vel nudæ sui hæredis existentiæ hæc vis est, ut confirmet tabulas pupillares, *l.* 12. *hoc tit.* de quo plene scripsimus ad *pr. hujus tit.*

4 Hodie ex *novella* Justiniani *lege*, etiamsi per querelam inofficiosi testamentum patris expugnatum fuerit, pupillaris substitutio salva manebit, quemadmodum et legata cæteraque capita firma manent præter institutionem, *nov.* 115. *cap.* 3. *in fin.* unde *auth.* Ex causa *C. de lib. præt. et ibi* comm. DD. Equidem scio, Dynum et Petrum à Bellapert. contendisse, ea tantum ex *novella ista lege* rescisso testamento salva manere, quæ institutionem hæredis non desiderant, veluti legata, fideicommissa, libertates, tutorum dationes: secus adhuc esse in iis, quæ hæredis institutionem requirunt, ut pupillaris substitutio; idque et

(1) *D. l.* 10. *tit.* 5. *P.* 6. *in fin.*

Covarrubiæ probari in *cap. Raynutius*, §. 6. *num.* 3. Cæterum mihi verba illa novellæ : *Et alia capitula*, non ob aliam causam videtur addidisse Justinianus, quam ut omnia capita comprehenderet extra institutionem : ac licet pupillaris substitutio et ipsa sit institutio, palam tamen est, *illic* per institutionem, quæ irrita esse jubetur, intelligi institutionem primam, qua scilicet pater sibi hæredem scripsit, non qua filio, quæ tantum pars est et sequela paterni testamenti : pertinet denique etiam ad utilitatem pupilli, ut salva maneat substitutio, ob quam causam et olim everso per bonorum possessionem cont. tab. testamento patris, conservata fuit, *l.* 34. *in fin.* cum *l. seq. hoc tit.*

5 " In Hispania, salva quoque manebit pupillaris substitutio rescisso per querelam testamento : quia licet in *l. ult. tit.* 8. *P.* 6. duntaxat dicatur, salva manere legata et libertates ; eadem tamen mentio cæterorum, quæ fit in *d. auth.* Ex causa, reperitur in *l.* 11. *tit.* 7. *P.* 6. *in fin.* Quod facilius obtinebit post *l.* 2. *tit.* 4. *lib.* 5. *Recop.* quæ ad vim testamenti insuper habet institutionem hæredis, cujus rescissio, quæ per querelam contingit, unica esse posset causa pupillaris substitutionis infirmandæ. Et meliorationes tertii et quinti salvas manere, expresse statuit *l* 8. *tit.* 6. *lib.* 10. *Nov. Recop.* (24. *Tauri*) Vide Greg. Lop. in *l.* 10. *tit.* 5. *P.* 6. *gloss.* 15. et Anton. Gom. in *d. l.* 24. *Tauri.*"

TEXTUS.

Quot liberis substituitur.

6 *Vel singulis autem liberis, vel ei, qui eorum novissimus impubes morietur, substitui potest. Singulis quidem, si neminem eorum intestatum decedere voluerit: novissimo, si jus legitimarum hæreditatum integrum inter eos custodiri velit.*

COMMENTARIUS.

1 Qui plures liberos impuberes habet, si neminem eorum intestatum decedere velit, potest singulis, quos voluerit substituere, aut ipsos invicem et reciproce, eique, qui novissime impubes mortuus fuerit, substituere alium aliquem, *l.* 25. *hoc tit.* Quod si uni tantum substituit, hic solus testatus decedet, cæteri intestati. Unde si postremo morituro tantum substituerit, jus legitimarum hæreditatum inter fratres conservare voluisse intelligitur, *l.* 37. *eod.* unde *hic locus* sumptus est.

2 (*Intestatum decedere*). Nota, impuberes etiam dici intestatos decedere, etsi ipsi testamentum facere non possint; sicut vice versa testati decessisse dicuntur, cum pater eis testamentum fecit. Itaque vox *intestatus* sumpta non pro negatione *privante*, sed pro *negante*, impuberibus, furiosis et similibus personis attribuitur, quando parens eis testamentum non fecit. Successorum im-

puberum ab intestato fit mentio in *l. 9. de reb. dub. aliisque.*

3 (*Jus legitimarum hæreditatum*). Nam cum cæteris nec pater testamentum fecerit, nec ipsi sibi in ætate pupillari facere possint, necessario evenit, ut præmorientium fratrum impuberum hæreditates ex lege XII. Tab. ad superstites perveniant: quorum tandem omnium bona in ultimi defuncti hæreditate reperta substitutus ejus consequetur.

TEXTUS.

De substitutione nominatim, aut generaliter facta.

7 *Substituitur autem impuberi, aut nominatim, veluti*: Titius hæres esto: *aut generaliter, ut*: Quisquis mihi hæres erit (1). *Quibus verbis vocantur ex substitutione, impubere mortuo filio, illi, qui et scripti sunt hæredes, et extiterunt, et pro qua parte hæredes facti sunt.*

COMMENTARIUS.

1 Substitutio pupillaris vel specialiter et nominatim concipitur, puta hoc modo: *Filius meus hæres esto. Si filius impubes decesserit, Titius hæres esto*: vel generaliter, veluti, si pluribus hæredibus institutis, testator his verbis filio substituat: *Quisquis mihi hæres erit, idem filio meo impuberi hæres esto, l. 3. l. 8. l. 10. hoc tit.* Ad quem modum vulgaris substitutio non recte conciperetur: nam hæc formula: *Quisquis mihi hæres non erit etc.* in infinitum producitur. Non est vero eadem vis generalis et specialis substitutionis, ut mox ostendemus, cum cognita nobis erit potestas clausulæ generalis, sive horum verborum: *Quisquis mihi hæres erit etc.* quam solam *hic* explicat Justinianus.

2 (*Qui et scripti sunt hæredes, et extiterunt, et pro qua parte*). Paucissimis verbis tripliciter comprehendit effectum horum verborum: *Quisquis mihi hæres erit.* Primus hic est: quod his verbis vocati intelligantur illi soli, qui hæredes nominatim scripti sunt, non alii, qui forte per eos, qui scripti sunt, hæredes extiterunt. Itaque nec dominus, qui per servum, nec pater, qui per filium hæres extitit, ex hac clausula ad hæreditatem impuberis admittitur: quippe quibus non judicio defuncti, sed vi potestatis vel dominicæ vel patriæ hæreditatis obvenit, *l. 3. l. 8. §. 1. eod.* Eademque ratione nec hæredis hæres admittetur, *d. l. 8. §. 1.* licet alias hæredis appellatione etiam hæres hæredis contineatur, *l. 65. l. 70. de verb. sign.* nec is, cui ex fideicommisso hæreditas restituta est, ut recte docet D. Vigl. *hic.* Cæterum quod diximus, dominum non admitti, id intelligendum est, si hoc solo obtentu hæreditatem pupilli ex substitutione ad se pertinere contendat, quod patris bo-

(2) *L. 5. tit. 5. P. 6.*

na jam apud se per servum quæsita habeat. Non enim inspicitur, apud quem patris hæreditas sit; sed quis à patre expresse et immediate ad hæreditatem vocatus. Ideoque, si servus quæsita domino ex institutione hæreditate, antequam ex substitutione adiret, è potestate ejus exierit, non poterit dominus ex substitutione impuberi hæres effici; sed servus vel ipse sibi hæreditatem impuberis acquiret, si forte manumissus fuerit; vel si alienatus, novo domino, cujus jussu adierit. At vero, si existente conditione pupillaris substitutionis adhuc in ejusdem domini potestate sit, nihil prohibet, quominus jussu ejus nunc item ex substitutione pupilli hæreditatem adeat, eamque novo hoc suo facto acquirat domino.

3 Alter effectus substitutionis generaliter factæ est: quod ex ea soli veniant illi, qui patri hæredes extiterunt: proinde si hæres scriptus paternam hæreditatem repudiavit, nihil ei proderit ad hæreditatem pupilli consequendam, quod testamento patris hæres scriptus est: nam alias horum verborum: *Quisquis mihi hæres erit etc.* nulla vis esset, cum à testatore jam ante hæredes scripti sint, qui ea conditione substituuntur, *d. l.* 8. *in fin. pr. hoc tit.* Tertius effectus est, quod generali formula substituti easdem ex substitutione partes consequuntur in bonis pupilli, quas in ipsius patrisfam. hæreditate habuerunt, *d. l.* 8. §. 1. *in fin.* Ut hic quoque locus sit regulæ traditæ in §. 2. *præc. tit.* testatorem eas videri in substitutione partes cuique dedisse, quas in institutione expressit.

4 In substitutione nominatim facta sive speciali, converso fere modo hæc se habent. Nam primo necesse non est, ut is, qui nominatim substitutus pupilli hæreditatem vindicat, hæres à patre scriptus sit. Deinde, etsi hæres ex parte scriptus sit, non eo tamen minus ex substitutione admittitur, quod patris hæreditatem repudiavit, modo utramque nunc amplectatur, nisi sub ea conditione substitutus sit: *Si hæres erit*, *d. l.* 8. *in pr.* junct. *l.* 10. §. 3. *eod.* Postremo, nominatim substituti, non hæreditarias partes, id est, quæ singulis adscriptæ sunt in institutione, sed viriles sive æquales habebunt, per ea quæ tradidimus sub §. 2. *tit. præced.*

TEXTUS.

Quomodo substitutio pupillaris finitur.

8 *Masculo igitur usque ad quatuordecim annos substitui potest: fœminæ usque ad duodecim annos: at si hoc tempus excesserint, substitutio evanescit* (1).

COMMENTARIUS.

1 Dictum supra est, pupillarem substitutionem introductam esse ex hac causa, quod cum liberi in ea ætate essent, ut ipsi

(1) *L.* 10. *tit.* 5. *P.* 6.

sibi testamentum facere non possent, utile atque ex re ipsorum visum fuerit, ut parentes eis facerent. Quamobrem cum ad eam ætatem pervenerunt, qua jam ipsi testari possunt, cessante fine substitutionis, merito placuit, eam extingui: alias, quod iniquissimum est, puberi testamenti factio auferretur, *l.* 43. *hoc tit.*

2 (*Usque ad quatuordecim annos etc.*). Masculi enim anno quartodecimo, fœminæ duobus annis maturius puberes fiunt, *pr. quib. mod. tut. fin.* à qua ætate jam ipsi testamentum facere possunt, *l.* 5. *qui test. fac.* Ait, *usque ad quatuordecim annos*: quibus verbis significat, omne spatium, quod est intra pubertatem, liberum esse patri ad substituendum filio, finem autem hujus arbitrii esse pubertatem. Quapropter si quis, verbi causa, ita substituit; *Si filius meus intra decimum annum decesserit etc.* pupillusque ad eos annos pervenerit, expirat substitutio, licet postea decesserit intra annum decimumquartum, *l.*21. *hoc tit.* At si in substituendo annos pubertatis egressus sit, finietur nihilominus substitutio pubertate, *l.* 14. *eod.*

3 (*Evanescit*). Etiamsi longius tempus comprehensum fuerit, *d. l.* 14. Sed longiore tempore comprehenso, an non saltem post pubertatem substitutio valebit jure fideicommissi? Finge ita factam: *Si filius intra annum vicessimum decesserit, Titius hæres esto.* Ex hac substitutione constat, filio intra pubertatem defuncto, directo jure succedi; post id tempus non item. Sed quæritur, ¿an non saltem post pubertatem proficiat ad causam fideicommissi, ut perinde ex eo tempore haberi debeat, ac si filius post pubertatem intra annum vicesimum moriens, rogatus esset hæreditatem patris substituto restituere? Communis sententia est, testibus Zas. *cap.* 5. *de subst. compend.* Covarr. in *cap. Raynutius de testam.* §. 9. *n.* 29. ejusmodi substitutionem pubertate ita finiri, ut nulla ejus vis amplius supersit. Quæ sententia mihi verissima videtur. Etenim inconveniens omnino est, ut una substitutio diverso jure pro diversitate temporis censeatur, scilicet ut valeat intra pubertatem directo, et bona tam patris, quam filii, ex quibus una facta est hæreditas, complectatur; post pubertatem jure fideicommissi, et sola patris bona contineat. Nec Jurisconsultus in *d. l.* 14. scribit, substitutionem impuberis, in qua longius pubertate tempus comprehensum est, post pubertatem ad fideicommissum trahi, sed pubertate finiri: quod Justinianus *hic* expressit verbo significantissimo *evanescit.* Deinde Papinian. *l.* 7. *hoc tit.* omnem dubitationem tollit, cum sic scribit: *Verbis civilibus substitutionem post quartumdecimum annum ætatis frustra fieri convenit*; neque enim frustra fieri diceret, aut recte diceret, si post id tempus quasi fideicommissum valeret, et verba directa inflecterentur.

4 Non obstat huic sententiæ *l.* 76. *ad SC. Trebell.* quoniam quod Scævola *ibi* respondet, id

in casu *illic* proposito favore pupilli benigne receptum est, ut ipse significat, et tamen simul ex conjectura voluntatis paternæ. Proponitur enim substitutio facta in codicillis, qui locus est obliquarum, non directarum dispositionum. Proponitur pupillus, cui ita substitutio facta, in ætate pupillari decessisse: atque in hac specie respondet Jurisconsultus, benigna interpretatione placere, ut quod valere non potest jure directo, valeat ex fideicommisso. Cæterum sustinebitur hoc fideicommissum usque ad tempus pubertatis: cum vero pupillus adoleverit, evanescet, ne, quod propter utilitatem impuberis introductum est, puberi jam facto obsit in libertate testandi, arg. *l.* 43. §. 1. *hoc tit.* ita ferme Cujac. 11. *observ.* 25. Ant. Fab. 15. *conject.* 12. et 14. aliique plures.

TEXTUS.

Quibus pupillariter non substituitur.

9 *Extraneo vero, vel filio puberi hæredi instituto ita substituere nemo potest, ut si hæres extiterit, et intra aliquod tempus decesserit, alius ei sit hæres* (1): *sed hoc solum permissum est, ut eum per fideicommissum testator obliget alii hæreditatem ejus, vel totam, vel pro parte restituere: quod jus quale sit, suo loco trespondemus.*

COMMENTARIUS.

1 Quæ *hoc* §. traduntur, omnia consequentia sunt iis, quæ relata sunt *initio hujus tit.*

2 Solis militibus concessum est, ut etiam liberis emancipatis aliisve extraneis, qui hæredes extiterunt, directo substituant: sed hoc jus in his exercetur, quæ à milite ad eum, cui substituit, pervenerunt, non quæ aliunde, *l.* 5. *l.* 41. §. 4. *de testam. milit.* Ejusdem privilegii est, quod miles liberis suis etiam post pubertatem directo substituere potest, sive compendio sive expressa certa post pubertatem ætate, ut utraque substitutio intra pubertatem valeat jure communi sive directo, *l.* 15. *hoc tit.* post eam ætatem ex privilegio militis jure fideicommissi, *l.* 8. *C. eod.* et bona duntaxat patris contineat cum fructibus inventis in hæreditate, *d. l.* 15. id est, ut recte Govean. et Perez ad *tit. C. de imp. et al. subst. nn.* 27. et 28. cum fructibus pendentibus et maturis tempore mortis ipsius militis. Nam hi fructus augent hæreditatem, *l.* 9. *ad leg. Falcid.* ac per consequens in fideicommissariam hæreditatis restitutionem veniunt. Ant. Fab. 15. *conject.* 12. Duar. *com.* in *hunc tit. cap.* 23. et Dom. in *d. l. precibus* 8. contendunt, hujusmodi substitutiones à milite factas etiam post pubertatem valere jure directo. Idemque late defendit Merill. *observ. lib.* 6. *cap.* 5.

(1) *L.* 1. junct. *l.* 5. *d. tit.* 5. *P.* 6.



TITULUS DECIMUS SEPTIMUS.

QUIBUS MODIS TESTAMENT. INFIRMANTUR.

Dig. Lib. 28. *Tit.* 3. (1).

1 Exposita sunt ea omnia, quæ ad constitutionem testamenti necessaria esse diximus *initio tractatus de testamentis ordinandis*. Quia vero non satis est ad deferendam ex testamento hæreditatem, id ab initio justum esse, nisi et tale ad extremum perseveret, recte atque ordine Imperator facit, quod prius nobis proponat modos, quibus testamenta rite facta infirmantur, quam progrediatur ad disputationem de acquirenda vel omittenda hæreditate.

TEXTUS.

Quibus modis testamenta infirmentur.

Testamentum jure factum usque eo valet donec rumpatur, irritumve fiat.

COMMENTARIUS.

1 *Donec rumpatur, irritumve fiat*). Ratio infirmandi testamenti non una est: nam et sententia Judicis rescinditur, si querela instituta inofficiosum pronunciatum fuerit, de quo *tit. seq.* et à Prætore data bonorum possessione contra tabulas, *tit. de bon. poss. cont. tab.* et citra factum Judicis aut Prætoris infirmatur sola potestate juris: idque iterum duobus, iisque discretis modis, quorum altero *rumpi* dicitur, altero *irritum fieri*. De testamento rupto disputatur usque ad §. 4. inde de irrito, adjectis in calce aliquot declarationibus. Quia vero Justinianus rem totam non plene explicat, nos operam dabimus, ut quicquid hujus rei est, penitus percipi possit ex nostra in *singulos hujus tit.* §§. explicatione.

TEXTUS.

Quando testamentum dicatur rumpi. Primum de adoptione.

1 *Rumpitur autem testamentum, cum in eodem statu manente testatore, ipsius testamenti jus vitiatur. Si quis enim post factum testamentum adoptaverit sibi filium per Imperatorem, eum qui est sui juris, aut per Prætorem, secundum nostram constitutionem, eum qui in potestate parentis fuerit, testamentum ejus rumpitur quasi agnatione sui hæredis* (2).

(1) *Tit.* 1. *P.* 6. a *l.* 18.

(2) *L.* 20. *tit.* 1. *P.* 6.

COMMENTARIUS.

1 *Cum in eodem statu manente testatore*). Toties rumpi testamentum dicitur: *Quoties evertitur manente testatore in eodem statu*: cum vero statum mutat, id est, capite minuitur, non rumpi, sed irritum fieri testamentum proprie dicitur, §. 4 *inf eod.* Apparet igitur, *hic* dici *in eodem statu* oppositive respectu ejus modi, quo testamentum infirmatur ob id, quod testator in eodem statu non mansit: quare expungenda est è *paraphrasi* Theophili negatio, et pro *non manente*, legendum, *manente in eodem statu*: quomodo et in *duobus Codicibus Florentinis* legi testatur Fabrotus. Porro ut testatoris statu non mutato testamentum infirmetur, uno verbo, ut rumpatur, bifariam contingit, agnatione sui hæredis, et mutatione voluntatis: ille modus *hoc* §. alter *sequenti*, uno uterque exemplo declaratur.

2 *Adoptaverit sibi filium per Imperatorem*). Id est, adrogaverit; est enim periphrasis adrogationis, quæ species adoptionis est, per quam inveniente Principis auctoritate eum in filium adsciscimus, qui sui juris est.

3 *Secundum nostram constitutionem*). Id est, adoptaverit eum qui non est persona extranea, *l. pen. C. de adopt.* §. 2. *supr. eod.* Cæterum hi ita rumpunt, si præteriti sint: nam si qui hæres antea institutus erat, postea à testatore adrogetur vel adoptetur, potest dici, ei satisfactum esse, *l.* 18. *eod. l.* 23. § 1. *de liber. et posthum.* ¿Quid si exhæredatus sit? Et Ulpianus Marcelli et Papiniani sententiam probat, ut exhæredatio extraneo scripta ei postea adoptato non noceat; noceat autem filio emancipato, qui postea adrogatus sit, *l.* 8. §. 7. *et seq. contr. tab. d. l.* 23. *in pr. de liber. et posthum.* credo, quia in persona extranei exhæredatio inepta et nulla est: non ita in filio emancipato cum eum excludat à bonorum possessione contra tabulas, *d. l.* 8. *in pr.*

4 (*Quasi agnatione sui hæredis*). *l.* 8. *de injust. rupt.* multoque certius sui hæredis agnatione vera et naturali, cum scilicet post testamentum factum testatori filius ex uxore nascitur, *l.* 3. §. 1. *de injust. rupt.* (1). Similiter si nepos, qui tempore testamenti facti suus hæres avo non erat, patre remoto, in locum sui hæredis vivo avo successerit, quasi agnascendo testamentum avi, quo præteritus est, rumpit, *l.* 13. *d. tit.* quæ species forte *hic* ideo non repetuntur, quia alibi propositæ sunt, §. 1. *et* 2. *supr. de exhæred. liber.* Huc etiam pertinent liberi naturales suscepti ex concubina et post factum testamentum legitimati, sive insequenti matrimonio, sive curiæ oblatione, sive per rescriptum Principis. Nam cum hi etiam jura suorum hæredum consequantur, §. 2. *In-*

(1) D. l. 20.

stit. de hær. quæ ab int. nov. 89. *cap.* 8. *et* 9. neccesse est, ut et ipsi á patre præteriti testamentum rumpant quasi agnatione.

TEXTUS.

De posteriore testamento.

2 *Posteriore quoque testamento, quod jure perfectum est, superius rumpitur: nec interest, extiterit aliquis hæres ex eo, an non: hoc enim solum spectatur, an aliquo casu existere potuerit. Ideoque si quis aut noluerit hæres esse, aut vivo testatore, aut post mortem ejus, antequam hæreditatem adiret, decesserit, aut conditione sub qua hæres institutus est, defectus sit: in his casibus paterfam, intestatus moritur. Nam et prius testamentum non valet ruptum à posteriore: et posterius æque nullas habet vires, cum ex eo nemo hæres extiterit.* (1).

COMMENTARIUS.

1 Secundus modus, quo testamentum initio rite factum postea rumpitur, est mutatio voluntatis testatoris. Hic modus iterum duplex est, nam et corruptis tabulis ita rumpitur, et integris manentibus. Corruptis, si testator testamentum inciderit, laceraverit, scripturam induxerit, deleverit, cancellaverit, signa amoverit aut turbaverit, *tit. de his qui in testam. delent. l. pen. C. de testam.* cum *simil.* nisi forte non consulto, sed incaute quid horum fecerit, aut ignorante eo contigerit (2): nam tunc si legi adhuc quod scriptum est utcunque poterit, ratum manebit testamentum, *l.* 1. *de his quæ in testam. del. l. penult. C. de testam.* Plane inductio aut cancellatio non ultra operabitur, quam scriptura inducta aut cancellata est, *l.* 2. *et* 3. *d. tit. de his quæ in test. del.* Neque ex pluribus testamenti codicibus uno deleto aut inciso, testamentum sublatum esse intelligitur, nisi hi, qui ab intestato venire desiderant, probaverint, id ideo à patrefam. factum esse, ut intestatus moreretur, *l. ult. eod. tit.* His autem modis testamento rupto, hæreditas non applicabitur fisco, sed deferetur hæredibus ab intestato, *l.* 1. §. *pen. unde lib. l. ult. de his quæ in test. del.* nisi speciali odio hæredum inductio facta probetur, quo in casu tanquam ab indignis hæreditatem fiscus aufert, *l.* 16. §. 2. *de his quæ ut indign.* junct. *l.* 4. *C. eod.* Clarus §. *testamentum, quæst.* 93. *n.* 2. Mantic. *de conject. ult. vol. lib.* 12. *tit.* 1. *num.* 31.

2 Quæ de incisione aut cancellatione testamenti dicuntur, ea constat ad testamenta nuncupativa, quia talia sunt, applicari non posse. Sed an his modis item rumpantur, quæ, uti hodie moris est, per nuncupationem quidem fiunt, sed ita ut voluntas suprema jussu testatoris scripto comprehendatur à Notario in scheda, un-

(1) *L.* 21. *d. tit.* 1. *P.* 6.

(2) *L.* 24. *d. tit.* 1. *P.* 6.

de mox diligentius exscribatur, et in formam redigatur instrumenti, quæsitum est. Julius Clarus *d. loc.* existimat, incisionem aut cancellationem instrumenti ad cassationem et annullationem talis testamenti non sufficere; si protocollum Notarii integrum relictum sit; quod et Viglio placere videtur in §. *pen. hoc tit.* cum ait, non minus talia testamenta ex verbis et voce substantiam capere, quam quæ scripta non sunt, et ideo discerptis scripturis nihilominus permanere; et Gregor. Lop. in *l.* 24. *tit.* 1. *P.* 6. *gloss.* 1.

3 Integris tabulis manentibus testamentum rumpitur ob mutationem voluntatis, si testator aliud testamentum fecerit (1): qui modus proponitur *hoc* §. et hanc rationem habet, quod unumquodque testamentum plenam universi juris successionem continet: ac proinde quicunque testamentum facit, censetur de omnibus bonis disponere, ut non magis duo testamenta simul consistere possint, quam duo domini ejusdem rei in solidum constitui. Igitur cum ex pluribus testamentis unum tantum consistere possit, id valere debet ex voluntate ipsius defuncti, quod novissime factum est, per *vulgata.* Non obstat, quod sententia Judicis prima, non postrema rata habetur. Non enim ut testantis voluntas ambulatoria est, *l.* 4. *de adim. leg.* (2), ita et Judicis: sed Judex simul ac sententiam dixit, officio suo functus est; et ideo iterum de eadem re pronunciandi potestatem non habet, *l.* 55. *de re jud.* Plane ut priores tabulæ jure factæ tollantur, oportet sequentes quoque jure ordinatas et perfectas esse, de quo plenius sub §. *pen. infr. eod.* (3).

4 (*Superius rumpitur*). *l.* 1. *l.* 2. *de injust. rup. test.* et quidem ob hoc solum, quod aliud testamentum postea factum est, quod Justinianus significat *l.* 27. *C. de testam.* cum ait secundo testamento perfecto, prius tolli ipso jure. Non est igitur necesse, ut posteriore testamento mentio fiat prioris, nominatimve id revocetur, quod ipsius etiam rei natura satis demonstrat: ac proinde supervacua est Notariorum clausula, quam posterioribus tabulis inserere solent, nimirum testatorem revocare, cassare et annullare testamenta antea à se facta. His autem consequens est, codicillos, si qui facti fuerint, per posterius testamentum everti, quamvis expresse revocati non sint: cum enim testamento facto, codicilli jus ejus sequantur, eo infirmato. simul concidant necesse est, *l.* 3. §. *ult. l.* 16. *de jur. cod.*

5 ¿Sed quid si prius testamentum contineat clausulam derogatoriam posterioris voluntatis? Interpretes comm. censent, prius testamentum habens talem clausulam per posterius quamtumvis numeris omnibus absolutum non tolli, nisi quando posterius contineat revocationem clausulæ sive

(1) *D. l.* 21. *tit.* 1. *P.* 6.
(2) *L.* 25. *eod.*

(3) *D. l.* 21. *t.* 1. *P.* 6. *l.* 23. *eod.*

generalem sive specialem prout fuerit clausula, per *l.* 22. *de legat.* 3. Gomez ad *l. Tauri* 3. à *n.* 92. Covarr. *de test. part.* 2. *rub.* à *n.* 57, qui late hanc materiam examinant. Mantic. *de conject. ult. volunt. lib.* 12. *tit.* 8. aliique plures. Quæ sententia rationi juris parum convenire videtur, argum. *l.* 6. §. 2. *de jur. eod. l. ult. in pr. de legat.* 2. cum *similib.* Notatur à Cujac. 14. *observ.* 7. Antonius Faber eam numerat inter gravissimos errores, quos antiqui Glossatores invexerunt, *dec.* 37. *err.* 7. *et seqq. et dec.* 38. *err.* 1.

6 (*Nec interest, extiterit aliquis hæres ex eo &c.*) Quæ sequuntur, continent amplificationem quandam regulæ initio positæ, nimirum, prius testamentum tolli per posterius, non tantum cum ex posteriore hæres extiterit, sed etiam eo destituto, quia institutus aut noluit, aut non potuit hæres esse, *l.* 1. 16. *de injust. rup. test.* Quod hanc rationem habet, quod aditio hæreditatis ad substantiam aut perfectionem testamenti, quæ sola hic requiritur, non pertinet: nec prioris testamenti sublatio pendet ab eventu aliquo aut casu contingente post mortem testatoris, sed illud etiam vivo adhuc testatore, ipso jure per posterius rite factum rumpitur.

7 (*His casibus paterfam. intestatus moritur*). Id est, exitum intestati facit, res redit ad causam intestati: nemine enim hæreditatem adeunte vis omnis testamenti solvitur, adeo ut nihil intersit, utrum aliquis testatus non sit, an hærede destituatur, *l.* 181. *de div. reg. jur.*

8 "In Hispania, ut prius „testamentum clausulam derogatoriam continens per posterius „rumpatur, necesse est fieri in „hoc revocationem primi, et quod „testator exprimat nolle se, ut „verba prioris obsint posteriori, „juxta *l.* 22. *tit.* 1. *P.* 6. Sed cum „hoc totum pendeat à præsumptione voluntatis testantis, rumpetur prius quandocunque ex „conjecturis constare poterit, testatorem voluisse posterius testamentum prævalere, quamvis in „eo revocatio non appareat, ut notarunt Gregor. Lop. in *d. l.* 22. „*glos.* 2. Gom. et Covarr. *ubi* „*supr.* Quod vero secundum testamentum hæredis institutionem „non contineat, nihil oberit quominus prius rumpatur, cum „apud nos valeat testamentum „non continens hæredis institutionem, ut sæpe diximus ex *l.* 1. *t.* „18. *l.* 10. *N. R.*"

TEXTUS.

De posteriori, in quo hæres certæ rei institutus.

3 *Sed et si quis priore testamento jure perfecto posterius æque jure fecerit; etiamsi ex certis rebus in eo hæredem instituerit, superius tamen testamentum sublatum esse, Divi Severus et Antoninus rescripserunt: cujus constitutionis verba et hic inseri jussimus, cum aliud quoque præterea in ea constitutione expressum sit.* Imperatores Severus et

Antoninus Coccejo Campano: Testamentum secundo loco factum, licet in eo certarum rerum hæres scriptus sit, perinde jure valere, ac si rerum mentio facta non esset: sed et teneri hæredem scriptum, ut contentus rebus sibi datis, aut suppleta quarta ex lege Falcidia, hæreditatem restituat his, qui in priore testamento scripti fuerant, propter inserta fideicommissi verba, quibus ut valeret prius testamentum expressum est, dubitari non oportet. *Et ruptum quidem testamentum hoc modo efficitur.*

COMMENTARIUS.

1 (*Etiamsi ex certis rebus*). Alia ampliatio præcedentis doctrinæ ex Mæciano in *l.* 29. *ad SC. Treb.* descripta, qua docemur, testamentum prius rumpi per id, quod secundo loco factum est, etiam tunc, cum in posterioribus tabulis hæres ex certis rebus, aut una aliqua re singulari, veluti fundo, institutus est: idque efficitur certissima juris ratione: nam non minus recte instituitur hæres ex re certa, quam simpliciter, aut ex parte hæreditatis ut vidimus *sup.* in §. 5. *de hæred. inst.*

2 (*Quibus ut valeret prius testamentum*). Propter hanc clausulam potissimum verba constitutionis Severi et Antonini jussu Justiniani *hic* inserta sunt. Certi juris est; posse testatorem ab eo, quem hæredem instituit, fideicommissum relinquere, eumque rogare, ut hæreditatem alteri restituat: proinde et si quis in re certa institutus est, quia valet institutio, etiam fideicommissum hæreditatis utiliter ab eo relinquetur. Ut autem fideicommissum utiliter relictum intelligatur, non præcisæ requirimus expressionem verborum, quæ fideicommissorum propria sunt, ut *peto*, *volo*, *rogo*, *fidei tuæ committo*: sed plerumque etiam sine his verbis admittitur ex sententia et voluntate testatoris, *l.* 19. §. 1. *ad SC. Trebell.* Quod etiam accidit in proposito: cum testator posteriore testamento cavet, ut prius quoque testamentum valeat. Itaque hoc casu, hæres scriptus in posteriore testamento, hæreditatem restituet scriptis in priore, contentus rebus quarum mentio facta est; et si hæ quartam hæreditatis partem non impleant, supplebitur ei quod desit: de quo *inf. tit.* 23. *hujus lib.*

TEXTUS.

De testamento irrito: et quibus modis fit irritum.

4 *Alio autem modo testamenta jure facta infirmantur: veluti cum is, qui fecit testamentum, capite deminutus sit: quod quibus modis accidat, primo libro retulimus.*

COMMENTARIUS.

1 Hactenus de primo modo infirmandi testamenti ipso jure; quo scilicet infirmatur salvo statu testatoris, et *rum-*

pi in specie dicitur. Sequitur alter, quo infirmatur statu testatoris mutato: qua mutatione superveniente in usu juris proprie dicitur *irritum fieri*, *l.* 6. §. 5. *l.* 12. *de injust. rupt. test.*

2 (*Capite deminutus*). Nec interest, qualis capitis deminutio intervenerit; omnibus enim modis capitis deminutionis status hominis mutatur, *sup. de cap. dem. lib.* 1. et testamentum non est, nisi hominis liberi, civis Romani, et patrisfamil. quæ tria duobus temporibus in testatore requiruntur, testamenti facti, et mortis, §. 6. *infr. eod.*

3 Est et casus, qui venit ab hærede, quo et ipso superveniente testamentum irritum fieri dicitur, scilicet si ex testamento nemo hæres extiterit: defectu enim hæredis etiam irritum dicitur fieri testamentum, *l.* 1. *de injust. rupt. irr. fact. test.* et recte quidem: nam in hæredis aditione atque existentia consistit vis omnis atque effectus testamenti. Cæterum sæpius hoc casu testamentum dicitur *destitui* aut *deseri*, *l.* 9. §. 2. *de lib. et posth.* cum *simil.* Nonnunquam etiam distinguitur hic casus à testamento irrito facto, restricto scilicet irriti vocabulo ad ea testamenta, quæ infirmantur statu testatoris mutato, *l.* 1. *in pr. de suis et leg. hær. et alibi.*

4 "In Hispania, cum filii-»famil. testari possint, ex *l.* 4. *t.* »18. *l.* 10. *N. R.* non fiet irritum »testamentum per capitis demi»nutionem minimam testatoris. »Sed neque per mediam. Vide »quæ diximus in *rubr.* in *pr.* »§. 1. *quib. non est perm. fac.* »*testam.*"

TEXTUS.

Cur dicatur irritum.

5 *Hoc autem casu irrita fieri testamenta dicuntur: quum alioqui et quæ rumpuntur irrita fiant, et ea, quæ statim ab initio non jure fiunt, irrita sint. Sed et ea, quæ jure facta sunt, et postea per capitis deminutionem irrita fiunt, possumus nihilominus rupta dicere. Sed quia sane commodius erat, singulas causas singulis appellationibus distingui: ideo quædam non jure facta dicuntur, quædam jure facta rumpi, vel irrita fieri.*

COMMENTARIUS.

1 Non est novum in artibus, et præsertim in hac nostra disciplina, ut verba, quæ vi sua generalia sunt, doctrinæ et distinctionis causa contrahantur ad significandam certam speciem, quo magis singulæ res singulis verbis ad certam speciem traductis intelligantur: ut *hic* ostenditur exemplo rupti et irriti facti testamenti. Sic adoptio, cognatio, pactio, actio &c. nomina sunt, quæ per se generalem significationem habent; sæpe tamen his certa species ex instituto loquentis denotatur.

2 (*Et quæ rumpuntur irrita fiant*). Rarissime autem hæc à nostris confunduntur, quamquam tamen aliquando. Ita non attenta

hac distinctione, usuve speciali horum verborum, irritum testamentum fieri dicitur, cujus tabulæ incissæ aut inductæ sunt, *l.* 3. *circa fin. l. ult. de his quæ in test. del. l.* 15. §. 1. *de test. mil.* quo tamen casu testamentum proprie rumpi dicitur, si specialem verborum significationem spectamus.

3 (*Quæ ab initio non jure fiunt, irrita sint*). Testamentum, quod ab initio non jure factum est, injustum nostri appellant, ut apparet ex inscriptione et *l.* 1. *tit. de injust. rupt. irrit. test.* Hoc recte quidem et irritum dici potest, at ruptum nequaquam. Et notandum quoque quod ait, quæ ab initio non jure fiunt, irrita esse, non irrita fieri: nam irrita esse ea recte dicimus, quæ nunquam constituerunt; irrita fieri, ut et rumpi, ea demum, quæ cum antea constarent, eversa sunt (1). Privationem enim significant: privatio autem, ut in scholis loquuntur, præsuponit habitum. Allegatur à nostris in eam rem *l.* 5. *de injust. rupt.*

TEXTUS.

Quibus modis convalescit.

6 *Non tamen per omnia inutilia sunt ea testamenta, quæ ab initio jure facta, per capitis deminutionem irrita facta sunt: nam si septem testium signis signata sunt, potest scriptus hæres secundum tabulas testamenti bonorum possessionem agnoscere: si modo defunctus, et civis Romanus, et suæ potestatis mortis tempore fuerit. Nam si ideo irritum factum sit testamentum, quia civitatem, vel etiam libertatem testator amisit, aut quia in adoptionem se dedit, et mortis tempore in adoptivi patris potestate sit, non potest scriptus hæres secundum tabulas bonorum possessionem petere.*

COMMENTARIUS.

1 (*Per capitis deminutionem irrita facta*). Quæ testamenta ab initio propter inhabilitatem personæ testantis vel defectum alicujus solemnitatis non consistunt, ea ex postfacto vires nullo jure capiunt. Hæc autem non sunt propria *hujus loci*: quippe in quo agitur de testamentis, quæ ab initio recte facta deinde infirmata sunt; quæriturque, an postea, sublata causa infirmationis, jure aliquo convalescant.

2 Imperator quidem hoc in una tantum specie proponit, quando testamentum irritum factum est, sive infirmatum ob id, quod testator capite minutus sit: attamen ad aliam quoque speciem eadem quæstio pertinet, cum scilicet ruptum est seu eversum, testatoris statu non mutato. Videamus ergo de rupto, et de eo prius: postea cognituri de altera specie, de qua *hic* agitur. Dicimus testamentum rumpi duobus modis, agnatione sui hæredis, et mutatione voluntatis. Fin-

(1) *L.* 1. *titul.* 8. *P.* 6.

gamus igitur, posthumum præteritum vivo patre decessisse; quæritur, an testamentum ruptum nativitate posthumi, eo vita deinde ante patrem functo, vires recipiat. Et responsum est, si testamentum signatum fuerit, posse hæredem scriptum bonorum possessionem secundum tabulas accipere eo effectu, ut rem obtineat, licet scrupulositas juris refragetur, *l. 12. de injust. rupt.* Plane si posthumus præteritus nascitur post mortem testatoris, licet illico decedat, testamentum non restituitur, nec omnino cum decedit patre jam mortuo: nam cum suus hæres sit patri, statim patri ipso jure hæres existit, et moriens hæreditatem sibi jure quæsitam transmittit ad quosvis hæredes legitimos, ad cujusmodi speciem pertinet, *l. 2. C. de posthum. hær. inst.*

3 Fingamus rursus, testatorem testamentum, quod secundo loco fecerat, ac proinde quo prius ruptum erat, incidisse aut cancellasse, quæritur, an restituatur prius, cujus tabulæ integræ manserunt. Papinianus respondit, si id hoc animo à testatore factum sit, ut priores tabulas supremas relinqueret, voluntatem, quæ defecerat, recenti judicio rediisse, et posse secundum tabulas priores bonorum possessionem peti, *l. pen. §. 2. sec. tab.* At inquies, ¿an non sic testamentum citra ullam solemnitatem nuda voluntate constituitur? Negat hoc Jurisconsultus *d. l.* atque hanc objectionem sic removet, ut dicat, non quæri hic de jure testamenti, sed de viribus exceptionis. Quo significat, recenti isto judicio et simplici voluntate testatoris non constitui novum testamentum; sed si scriptus priore testamento hæres agat, et hæreditatem vindicet, eique objiciatut exceptio mutatæ voluntatis, posse eum hanc exceptionem elidere replicatione voluntatis reversæ, si constet, testatorem hoc animo posterius testamentum incidisse, ut prius iterum valere vellet. Utique enim hic animus ab hærede scripto omnino probandus est, per codicillos puta, aut alias litteras, quibus testator palam declaraverit, se velle priores tabulas valere; alioqui eum, tanquam quem utriusque voluntatis pœnituerit, intestatum potius decedere voluisse interpretabimur, *d. l. pen.* §. 2.

4 Unum tamen adhuc obstat, quod prius testamentum dicitur rumpi ipso jure in *l. 27. C. de testam.* ¿Quomodo ergo agi poterit ex eo, quod ipso jure ruptum est? Resp. quod ipso jure prius rumpi dicitur, id dici certo respectu, quoniam rumpitur hoc solo, quod aliud factum est, etiamsi testator prius non revocaverit. Et licet quatenus posterius testamentum consideratur ut adhuc consistens et validum, prius ita sublatum intelligatur, ut nihil in eo scriptum valeat, nec quisquam ipso jure agere, aut quid petere ex eo possit; non ideo tamen absurdum videri debet, quod posteriore inciso aut deleto ea mente, ut prius iterum valeat, prius quoque vires recipiat: quippe cu-

jus tabulæ integræ relictæ sunt, et utique jam postremæ; nam quod jus extinctum reviviscere negatur, id non obtinet, cum à re, quæ, ut DD. nostri loquuntur, essentiam suam formalem et materialem retinuit, removetur impedimentum, D. Menoch. *cons.* 176. *lib.* 2. Fachin. 5. *contr.* 93. Jam tempus est, ut ad *textum* §. *nostri* accedamus, in quo tractatur de convalescentia testamentorum, quæ per capitis deminutionem testatoris infirmata sunt, uno verbo, irrita facta.

5 (*Si modo civis Romanus, et suæ potestatis mortis tempore*). Nihil amplius exigit ad petendam bonorum possessionem ex eo testamento, quod per capitis deminutionem irritum factum erat, quam ut testator mortis tempore civis Romanus, et sui juris fuerit, omissa eleganti distinctione, quam nobis suppeditat Papinianus in *l. pen.* §. 2. *sec. tab.* Etenim interest, an ei, de cujus integri capitis postea mortui testamento quæritur, maxima mediave, an minima contigerit capitis deminutio. Si maxima aut media, verbi gratia, si capite damnatus sit, et Princeps damnatum in integrum restituerit, quia nullum hic factum intervenit, ex quo colligi possit mutatio voluntatis testatoris, nihil causæ est, cur ad convalescentiam testamenti plus desideremus, quam ut testator pristinum statum receperit, *l.* 6. §. *pen. de injust. rupt.* At vero si minima capitis deminutio intervenerit, puta si quis testamento facto se adrogandum dederit, non satis est ad restitutionem testamenti, obtinendamque ex eo bonorum possessionem, quod postea sui juris effectus decesserit: sed præterea requiritur, ut recenti aliqua voluntate testamentum confirmatum sit. Et merito: quoniam qui se dat in adrogationem, non obscure à priore voluntate recedit, cum sciat, se una cum capite fortunas quoque suas in alienam familiam transferre, ut disputat Papinian. *d. l. pen.* §. 2. *sec. tab.* ex quo loco explicandum quoque, et supplendum est, quod simpliciter item Paulus scripsit, testamentum valere, *l.* 8. §. 3. *de jur. cod.*

6 "Quod Hispaniam attinet, "revise quæ scripsimus in §. 4. "*hoc tit.*"

TEXTUS.

De nuda voluntate.

7 *Ex eo autem solo non potest infirmari testamentum, quod postea testator id noluerit valere usque adeo, ut etsi quis post factum prius testamentum, posterius facere cœperit, et aut mortalitate præventus, aut quia eum ejus rei pœnituit, id non perfecerit, Divi Pertinacis oratione cautum sit; ne alias tabulæ priores jure factæ, irritæ fiant, nisi sequentes jure ordinatæ et perfectæ fuerint: nam imperfectum testamentum sine dubio nullum est* (1).

(1) *L.* 23. *d. tit.* 1. *P.* 6.

COMMENTARIUS.

1 *Hic* §. rectius in continenti subjectus fuisset §. *secundo*, aut *tertio*, quorum continet declarationem. Docuit *ibi* Imp. prius testamentum rumpi per posterius, quod jure perfectum est. Unde etsi per se satis intelligitur, neque nudam revocantis voluntatem ad infirmationem testamenti sufficere, neque adeo prius rumpi, etiamsi secundum fieri cœptum sit, nec absolutum: latius tamen utrumque explicare voluit, et omnino latius adhuc à nobis explicandum est.

2 (*Quod testator id noluerit valere*). Si quem prioris voluntatis pœniteat, malitque nunc intestatus decedere; parata ei est expeditissima ratio, tabulas incidat, deleat, cancellet, signa revellat, *l.* 1. §. *penult. unde lib.* majorem enim vim facta habent, quam verba, integrisque tabulis relictis nuda contrariæ voluntatis declaratio testamentum solemniter factum non infirmat, *l.* 36. §. 3. *de test. milit. l.* 27. *C. de testam.* In tantum, ut etiamsi testator coram septem testibus dixerit, nolle se testamentum, quod fecit, valere, nihilo tamen magis illud infirmetur. Nam si ne tunc quidem testamentum antea factum infirmatur, cum ad aliud faciendum testator processit, quod tantum non consummavit; ¿quanto minus infirmabitur sola revocatione verbali? utique enim factum accedens ad voluntatem potentius operari debet simplici voluntatis declaratione, fac. *l.* 36. §. 3. *de testam. milit.* Ex *quo loco* simul dicimus, ita jus esse, cum quæritur de institutione hæredum; legatarios autem revocata voluntate, exceptione doli mali removeri: de *cujus loci* sententia vid. Anton. Fab. *d. c.* 39. *err.* 8.

3 His ita constitutis, videamus, an non falsa sit opinio Bartoli in *l.* 18. *de legat.* 3. aliorumque qui interesse putant, qua formula testator in revocando testamento usus est, utrum simpliciter dixerit: *Nolo testamentum à me factum valere*: an causam adjecerit et hæc verba: *Quia volo decedere intestatus.* Nam, etsi simplicem revocationem non sufficere fatentur, causatam tamen valere volunt, modo facta sit coram septem testibus. Verum nihil interesse, hac an illa formula testator utatur, aperte evincit *d. l.* 36. §. 3. *de test. mil.* Et vero si hoc ipso quod quis testamentum revocat, tacite et per quandam necessariam consequentiam intelligitur velle decedere intestatus, causæ illa adjectio (quippe quæ non impedit, quominus aliud testamentum postea condatur) facere non potest, ut majorem vim revocatio habeat, quam si causa adjecta non esset.

4 Unicum supradictæ distinctionis firmamentum affertur, *l.* 1. §. *pen. si tab. test. null. ext.* ex verbis: *vel quia alia ratione voluntatem testator mutavit, voluitque intestato decedere.* Sed nemo, opinor, tan infans est, qui non videat, Jurisconsultum *ubi* loqui non de simplici mutatione vo-

luntatis; sed quæ declarata sit facto aliquo simili illis, quæ antea expresserat incisioni aut cancellationi, puta si testamentum induxerit, laceraverit, resignaverit &c. Habemus hujus sententiæ defensorem Anton. Fab. *dec.* 39. *err.* 6. pluresque alios. Plane ad infirmationem testamenti nuncupativi putarem sufficere simplicem voluntatis revocationem factam coram legitimo testium numero, arg. *l.* 35. *de div. reg. jur.*

5 (*Usque adeo*). Amplificatio. Dixerat modo, nuda voluntate testamentum infirmari non posse: id nunc usque adeo verum esse pronunciat, ut nec cum voluntate revocandi concurrens novi testamenti inceptio vim corrumpendi prioris habeat: sed ita demum superius testamentum rite factum tollatur, si inferius æque jure perfectum fuerit: quod et ipsum ipsi testatoris voluntati consentaneum est: quia ut scribit Pomponius in *l.* 18. *de legat.* 3. credibile est, testatorem ita demum à priore testamento velle recedi, si posterius valiturum sit.

6 (*Divi Pertinacis oratione*). Solebant enim Principes orationes in senatu habere, aut scriptas ad senatum mittere, in quarum sententiam senatusconsulta concipiebantur, *l.* 16. *de rit. nupt.* Tacit. *lib.* 11. *Annal. cap.* 25. Atque hæ Principum orationes etiam senatusconsulta nominantur, quandoque etiam leges. Sic oratio Divi Hadriani de petitione hæreditatis, *l.* 22. *de hæred. pet.* senatusconsultum passim appellatur, *l.* 20. §. 6. *et multis seqq. eod. tit.* Jul. Capitol. hanc ipsam orationem Pertinacis legem, mox etiam senatusconsultum nominat in *Pertinace*, *cap.* 7.

7 (*Jure ordinatæ et perfectæ fuerint*). Quæ legitimo modo fiunt, legitime quoque solvi debent, *l.* 35. *de div. reg. jur.* Ab hac tamen regula excipienda sunt ea testamenta, quæ quamvis imperfecta, jure tamen singulari valent, ut testamenta militum, et parentum inter liberos. Testamentum factum jure militiæ inter imperfecta numeratur in *l.* 2. *de injust. rup.* atque ideo etiam imperfecto quovis posteriore solvitur, *l.* 34. §. 1. *de testam. milit.* et tamen per id, quod jure militari secundo loco factum est, rumpitur præcedens perfectum, hoc est, factum jure communi, *d. l.* 2. *et d. l.* 34. §. *ult.* Sed nimirum hoc ex eo est, quod testamentum militis jure privilegiario pro perfecto est, aut vim perfecti testamenti habet: quod autem rumpitur posteriore jure communi non rite facto, mirum videri non debet, quia etiam post missionis annum, irritum constituitur.

8 Testamentum imperfectum factum à parente inter liberos et ipsum non minus ex privilegio valet, quam militis, *l.* 21. §. 1. *C. de testam.* Quare si pater, qui testamentum prius jure fecerat, postea aliud fecerit inter liberos, quamvis posterius hoc imperfectum fuerit, tamen rumpitur prius. Illud etiam favore liberorum Justinianus constituit, ut testamentum inter liberos factum non aliter rumpatur posteriore, quam

si posterius modis omnibus perfectum fuerit, et prius nominatim revocatum, *novell.* 107. *cap.* 2. *auth.* Hoc inter *C. de testam.* Præterea si cum in priore testamento perfecto scripti essent extranei, in posteriore autem imperfecto instituti sint, qui ab intestato venire possunt: dummodo non minus quam quinque testes intervenerint, placet, infirmato priore testamento, posteriorem hanc scripturam valere, non tamen tanquam testamentum, sed tanquam voluntatem ultimam intestati, *d. l.* 21. §. 3.

9 "In Hispania, cum testamentum imperfectum inter liberos non valeat, ut monuimus in §. *fin. de testam. ordin.* aliud prius rite ordinatum eo non rumpetur. Correcta igitur est per *l.* 1. *tit.* 18. *lib.* 10. *N.R.* quam in *d.* §. *fin.* laudamus, *lex.* 22. *t.* 1. *P.* 6. contrarium statuens."

TEXTUS.

Si Princeps litis causa, vel in testamento imperfecto institutus fuerit.

8 *Eadem oratione expressit, non admissurum se hæreditatem ejus, qui litis causa Principem reliquerit hæredem: neque tabulas non legitime factas, in quibus ipse ob eam causam hæres institutus erat, probaturum: neque ex nuda voce hæredis nomen admissurum: neque ex ulla scriptura, cui juris auctoritas desit, aliquid adepturum. Secundum hoc Divi Severus et Antoninus sæpissime rescripserunt.* Licet enim, *inquiunt*, legibus soluti simus, attamen legibus vivimus.

COMMENTARIUS.

1 (*Eadem oratione expressit*). *Ipseque*, inquit, de Pertinace loquens Capitolinus *d. loc. cap.* 7. *professus est, nullius se aditurum hæreditatem, quæ aut adulatione alicujus delata esset, aut lite perplexa, ut legitimi hæredes et necessarii privarentur.* Addiditque senatusconsulto hæc verba: *Sanctius est, P. C. inopem Rempub. obtinere, quam ad divitiarum cumulum per discriminum atque dedecorum vestigia pervenire.* Proculdubio hac oratione sanctissimus senex senatui declarare voluit, se longe alia ratione Rempub. temperaturum, quam antecessor ejus Commodus Princeps flagitiosissimus fecerat: quem credibile est exemplum secutum fuisse sui simillimi Imperatoris Domitiani, de quo Sueton. *cap.* 12. sic scribit: *Confiscabantur alienissimæ hæreditates, vel existente uno, qui diceret, audivisse se ex defuncto, cum viveret, hæredem sibi esse Cæsarem.* Extat adversus hujusmodi improbitatem edictum Honorii et Theodosii in *l.* 20. *C. de testam.*

2 (*Qui litis causa Principem*). Lex est, non debere cujusquam conditionem deteriorem fieri facto alieno, nec cuiquam objici duriorem aut potentiorem adversarium, *tot. tit. de alien. jud. mut. caus.* et *tit. C. ne lic. po-*

tent. (1). Huic legi se submisit Imp. Pertinax, professus hoc amplius, se non admissurum hæreditatem, quæ litis causa Principi delata esset, minus hic sibi permittens, quam cuiquam privato: cum inter privatos hæc prohibitio in testamentis non vigeat, *l.* 8. §. 3. *de alienat. jud. mut. caus.* (2). Quippe invidiosum esse existimavit, Principem litis causa, hoc est, in re controversa et perplexa hæredem institui, quo alii nomine Principis deterriti jus suum indefensum relinquant, ac nefas esse, calumniæ facultatem ex principali majestate capere, *l. pen. de hær. instit.* Paul. 5. *sent.* 12. Plin. *Panegyr. cap.* 43. *Non tu falsis, non tu iniquis tabulis advocaris.*

3 (*Neque ex nuda voce*). Non quasi Princeps hæres nuncupari non possit, aut hæres esse, ut somniat Theophil. sed *ex nuda voce*, id est, ex nuda voluntate sine juris solemnibus.

4 (*Neque ex ulla scriptura, cui juris auctoritas desit*). Clausula generalis, legata quoque et fideicommissa non legitimo testamento relicta complectens. Ex imperfecto testamento, ait Paulus in *l.* 23. *de legat.* 3. legata vel fideicommissa Imperatorem vindicare inverecundum est. Huc etiam referendum, quod idem Paul. 4. *sent.* 5. §. 3. et Ulpian. *l.* 8. §. 2. *de inoffic. testam.* scribunt testamentum, in quo Imperator hæres scriptus est, inofficiosum argui posse.

5 (*Licet legibus soluti simus*). Principes Romanos legibus solutos esse, scribit Dio *lib.* 53. Apparetque ex *eodem loco*, quemadmodum temporibus liberæ Reipub. aliquando usurpatum, ut populus, aut senatus civem aliquem ob heroicam indolem ac singularem virtutem una aliqua lege solveret, puta, ut ante ætatem legitimam magistratum gerere, aut intra tempora constituta eundem repetere liceret, sicut de Pompejo, Africano, Octaviano, aliisque permultis factum legimus: ita Principem postea, cum civibus omnibus excellentior haberetur, legibus omnibus solutum fuisse, consonum est, cum ex hoc ipso quod populus jura majestatis omnia abdicative in Principem transtulit *l.* 1. *de const. Princ.* necessario sequatur, Principem legibus non obligari. Etenim Princeps, qui absoluta jura majestatis habet, nihil supra se cernere potest, neque hominem, neque legem, ut ait Alber. Gentilis in *quæstionibus regiis. Deus,* inquit Justinianus, *leges ipsas Principi subjecit, eumque legem animatam misit hominibus, nov.* 105. *cap.* 2. *in fin.* Jam vero qui supra leges est, cui leges subjectæ sunt, is necessario legibus est solutus, id est, legibus non tenetur; alioqui non illi leges, sed ille legibus subjicitur: et qui ipse lex est, in eum lex ferri non potest. Unde Plinius in *Panegyr. cap.* 65. *Leges*, inquit, *Principi nemo scripsit.*

(1) *L.* 15. cum *seq. tit.* 7. *P.* 3. (2) *L.* 17. *eod.*

6 Neque cum hoc dicimus, intelligimus solum cum D. Thoma, *quæst.* 96. *art.* 5. *part.* 1. quem multi sequuntur, Principem legibus solutum esse quoad vim coactivam, sed etiam quoad vim directivam. Quin ad hanc solam quæstio pertinet; cum si neges, secundum vim dirigentem Principem legibus solutum esse, statuas, Principem legibus obstringi, tanquam quæ ipsi quoque latæ sint. Cæterum totum hoc pertinet ad leges civiles duntaxat, non ad leges naturæ aut divinas, quibus cum omnes homines subjiciantur, quatenus homines nati sunt, omnino efficitur, aut Reges homines non esse, aut illos etiam his legibus teneri. Non pertinet etiam hoc axioma ad leges imperii fundamentales, maxime cum in eas quoque ipsi Principes regnum ineuntes jurare soleant. De quibus legibus Bodinus *lib.* 1. *de Repub. cap.* 8. sic scribit: *Quantum ad leges imperii attinet, cum sint cum ipsa majestate conjunctæ, Princeps nec eas abrogare, nec iis obrogare potest. Cujusmodi*, inquit, *est lex Salica, regni hujus firmissimum fundamentum.*

7 (*Attamen legibus vivimus*). Etsi hoc jus Principis est, si dignitatem spectes, et imperii potestatem, ut legibus omnibus civilibus sit solutus: tamen officium imperantis est, legibus vivere, iisque parendo suo exemplo præire illis, quibus solis latæ sunt (1). Quod significat Paulus *l.* 23. *de legat.* 3. his verbis: *Decet enim tantæ majestati, eas servare leges, quibus ipse solutus esse videtur.* Et Imp. Alexander *l.* 3. *C. de testam.* cum ait: *Nihil tam proprium imperii esse, quam legibus vivere*: eodemque modo explicanda *l.* 4. *C. de legib.* et illud Plinii in *Panegyr. ad Trajan. cap.* 65. *Legibus te subjecisti, quas nemo Principi scripsit.* Et *ibid. cap.* 45. *Vita Principis*, inquit, *perpetua censura est: ad hanc dirigimur: nec tam imperio nobis opus est, quam exemplo.* Pulchre Claudianus in *Panegyr. vers.* 295. *de quarto consulatu Honorii.*

TITULUS DECIMUSOCTAVUS.

DE INOFFICIOSO TESTAMENTO.

D. Lib. 5. *Tit.* 2. *Cod. Lib.* 3. *Tit.* 28. (2).

1 Explicatur *hic* altera ratio infirmandi testamenti, cum scilicet non ipso jure, sed per sententiam Judicis rescinditur,

(1) *L.* 15. *tit.* 1. *P.* 1.

(2) *Tit.* 8. *P.* 6.

ex causa de inofficioso contra testamentum pronunciantis: quod est illud adminiculum, quod superius dixit paulo post nobis manifestum fore, in *calce titul. de exhæred. lib.* De nomine *inofficiosi* hoc primum monendi sumus, quamvis omne testamentum inofficiosum recte dicatur, in quo testator contra officium, quod alteri debebat, fecit: quemadmodum scimus, hominem inofficiosum dici, qui officium prætermittit, aut contra officium, quod alteri debet, facit; et ideo si, verbi causa, testator cognatis suis aut personis de se bene merentibus, quibus ob id remunerationem debet, nihil in testamento suo reliquerit, huic etiam testamento appellatio ista conveniat: tamen per excellentiam ea demum testamenta inofficiosa dicta sunt, quibus officium in liberos, parentes et fratres neglectum est, seu: *In quibus liberi, aut parentes, aut fratres, vel exhæredati sunt immerito, vel immerito præteriti* (1). Quocirca his etiam solis potestas permissa de inofficioso querendi postulandique, ut si officium violatum esse constiterit, testamentum rescindatur. Actio autem, qua id petitur, proprie appellatur *querela*, quia propinqui non accusare et litigare, sed inter se *conqueri* dicebantur, Voss. *inst. orat. lib.* 1. *cap.* 6. §. 2. *Inofficiosum* autem opponitur *officioso*, quod vocabulum ita accurate exponit Seneca de *benef. lib.* 3. *cap.* 18. quod ut *beneficia* sint alienorum, ita *officia* eorum, *quos necessitudo suscitet, et opem ferre jubeat.*

TEXTUS.

Ratio hujus querelæ.

Quia plerumque parentes sine causa liberos suos exhæredant, vel omittunt, inductum est, ut de inofficioso testamento agere possint liberi, qui queruntur, aut inique se exhæredatos, aut inique præteritos: hoc colore, quasi non sanæ mentis fuerint, cum testamentum ordinarent. Sed hoc dicitur, non quasi vere furiosus sit, sed recte quidem testamentum fecerit, non autem ex officio pietatis. Nam si vere furiosus sit, nullum testamentum est.

COMMENTARIUS.

1 (*Quia plerumque*). Recte monet D. Pacius in *margine*, particulam *plerumque* non afficere verbum *exhæredant*, sed verbum *sine causa*; ut hic sit sensus: cum parentes liberos suos exhæredant vel omittunt, id eos plerumque facere sine causa: puta falso instimulatos, novercalibus delinimentis instigationibusque corruptos, *l.* 3. *et* 4. *hoc tit.*

2 (*Sine causa liberos suos exhæredant, vel omittunt*). Ait, *sine causa*: nam ex justis et meritis causis exhæredatio semper permissa fuit, *l.* 7. *de bon. damn.* (2). Ait, *exhæredant*, *vel omittunt*:

(1) *L.* 1. cum *seq. d. tit.* 8. *P.* 6.

(2) *L.* 4. *d. tit.* 8. *P.* 6.

illud ad parentes omnes et proprie ad patrem avumque paternum, hoc ad matrem et avum maternum pertinet: nec supervacuo *hic* expressum; etsi enim matris præteritio vim et effectum exhæredationis habet; non est tamen revera exhæredatio, §. *ult. sup. de exhær. lib.* In patre exhæredatio necessaria est, ut querelæ locus sit: si enim pater filium, quem in potestate habet, præterierit, testamentum ipso jure nullum est; si emancipatum, datur præterito bonorum possessio contra tabulas, *sup. d. tit.* §. 3. Quin nec quævis exhæredatio querelæ locum facit, sed ea demum, quæ rite facta est: quæ secus facta, id est, non nominatim, non pure, non à tota hæreditate, pro præteritione censetur, *l.* 8. §. 2. *de bon. poss. cont. tab.* Matre autem sive prætereunte, sive quovis modo exhæredante, semper ad infirmandum testamentum querela opus est, cum et jure civili firmum sit, nec à Prætore infringatur, ut vidimus in §. *ult. sup. de exhær. lib.* Et igitur exhæredatis omnibus, et à matre etiam præteritis, hoc remedium necessarium est.

3 Causæ exhæredationis jure antiquo certis legibus definitæ non erant, sed ab arbitrio pendebant Judicum, qui de inofficioso cognoscebant, quorum erat merita exhæredati perpendere, *l.* 3. §. 5. *cont. tab.* Val. Max. *lib.* 7. *cap.* 8. Justinianus ex arbitrariis eas certas fecit, et nominatim *nov.* 115. *cap.* 3. complexus est ad quatuordecim: et voluit, testatorem justam aliquam ingratitudinis causam, et saltem unam ex illis, quas ipse recenset, testamento exprimere, imposito quoque hæredi onere elogium probandi; cum olim ita jus esset, ut nisi hæres ultro probationem suscepisset, causam aliquam certam allegando (quo refert *leg.* 22. et *l.* 30. *C. eod.*), ipsi liberi docere tenerentur, se morigeros atque obsequentes semper fuisse, *l.* 5. §. 1. *eod. l.* 28. *C. eod.*

4 Hinc duplex exorta quæstio. 1. An nullas alias ob causas quantumvis pares aut majores, quam quæ *d. nov.* 115. *cap.* 3. expressæ sunt, exhæredatio permittenda. 2. Utrum si exhæredatio facta sit sine elogio, id est, sine causæ expressione, testamentum ex *dicta constitutione* ipso jure nullum sit, an jure adhuc subsistat, atque ad illud rescindendum querela etiamnum sit opus. Primam quæstionem quod attinet, quamvis sententia Connani *lib.* 9. *comm.* 10. Viglii ad §. *ult. sup. de exhær. lib.* aliorumque, qui eos sequuntur, negantium ob alias causas, licet æque graves aut graviores, exhæredationem fieri posse, verbis *d. nov.* convenire videatur, tamen mihi persuadere non possum, eam fuisse mentem Justiniani, quam illi esse censent: idque satis suadet ipsa, quam adducimus, objectorum solutio. Inquiunt: odiosa est exhæredatio, ac proinde interpretatione non est adjuvanda, *l.* 19. *de lib. et posth. cap. odia* 15. *de reg. jur. in* 6. Imo contra, vel magis odiosum, patrem cogi, ut impio et indig-

no filio bona sua relinquat. Equidem concedo, ubi de hypothesi quæritur, de scriptura testamenti, de facto exhæredati, de voluntate exhæredantis, cum similibus, exhæredationem abjuvandam non esse: cæterum ubi de propria legis vi atque interpretatione disputatur, hoc semper legibus inesse ex mente conditorum credi oportet, ut quia omnes casus, qui quandoque incidere possunt, comprehendere nequeunt, ad eas quoque res et causas pertineant, quæ quandoque similes erunt, *l.* 10. cum 3. *seqq. l.* 27. *de legib.* Neque hinc excipiuntur leges pœnales: nam et illæ utique leges sunt; et obvia passim responsa Jurisconsultorum, etiam leges publicorum judiciorum ad hunc, quem diximus, modum interpretantium, *l.* 11. *de pœn. l.* 13. *de testib.*

5 Dixeris, hoc admisso, Imperatorem non assequi scopum suum, sed causas adhuc incertas manere, nec quatuordecim tantum, sed infinitas fore. Respondeo, ex his constitutionis verbis: *Ut præter ipsas nulli liceat ex alia lege ingratitudinis causas opponere, nisi quæ in hujus constitutionis serie continentur*, satis patet, quis Justiniano scopus propositus fuerit. Horum enim verborum non alius sensus, quam quod non liceat ex legibus antiquis causas opponere, quæ in *d. constitutione* non continentur. At tales causæ non sunt, quæ vel majores sunt vel pares expressis, sed leviores duntaxat aut dispares: quippe cum de similibus semper ut de expressis habendum. Atque hæc sententia etiam communis est, usuque apud omnes recepta, DD. in *auth.* Non licet *C. de liber. præt.* Gomez 1. *res.* 11. *num.* 12. qui *ibid.* advertit, nullam posse accidere causam, quæ non comprehendatur sub secunda ex 14. assignatis *d. cap.* 3.

6 In altera quæstione numero vincunt, qui ad validitatem testamenti negant sufficere exhæredationem simplicem seu factam sine causæ insertione, et ad hoc omnino requirunt qualificatam; quod si verum est, nullus usus querelæ relinquitur in linea recta, præterquam unico illo casu, cum exhæredationi, aut præteritioni additum est elogium: quæ sententia fuit Joannis relata à Glossa in *l.* 5. *hoc tit.* probata plerisque Interpret. in *auth.* Ex causa *C. de libert. præt.* Clar. *d.* §. *testamentum, quæst.* 40. Gomez *dict. cap.* 11. Cæterum ut pluribus hæc sententia placeat, non desunt tamen, qui eam taxent, ut *constitutioni* Justiniani minime consentaneam: et sane non immerito, meo quidem judicio. Nam qui diligenter *eam constitutionem* evolvet, comperiet ex tenore, Imperatorem non agere de iis, quæ ad internam testamenti solemnitatem ritumque exhæredationis pertinent, sed de causis, ob quas facta exhæredatio juste, vel injuste facta intelligatur: at injustitia exhæredationis non vitiat testamentum ipso jure.

7 Insuper cum *cap.* 3. *d. nov.* pertineat etiam ad testamentum

patris, qui filium emancipatum exhæredat; imo et expresse loquatur de testamento matris: et ulterius in *cap.* 4. sit sermo de testamento filiorum, qui parentes suos exhæredant vel prætereunt: consequens est contrariæ sententiæ, ut nullum sit testamentum, in quo sine elogio exhæredatio sit facta sive à patre emancipatore, sive à matre, sive à filio; quod stare non potest, quin et liberi emancipati patribus, et filii matribus, et parentes liberis sui hæredes fiant. Atque ita deletur bonorum possessio contra tabulas: deletur §. 3. item §. 5. et §. *ult. supr. de exhæred. liber.* delentur maxima ex parte *titt. Pand. C. et Instit. de inoffic. test.* item *l. ult. C. de lib. præt.* ¿Quis vero credat, tot capita juris veteris à Justiniano tacite abrogata, qui nunquam solet quicquam ex jure veteri mutare, nisi cum expressa mentione ejus juris, quod abrogare constituit, et commendatione novi?

8 Refragantur etiam verba *d. constitutionis cap.* 3. *circa fin. et cap.* 4. §. 9. ubi cum jussisset Imp. si exhæredatio aut præteritio facta esset cum elogio, idque elogium probassent hæredes, firmum manere testamentum; subjicit, quod si id observatum non fuerit, testamentum evacuetur seu rescindatur: et quod notandum, non in totum, sed quoad institutionem duntaxat, cætera capita firma manere. Ergo in totum ab initio subsistit. ¿At quo remedio rescindetur? Non alio haud dubie, quam querela inofficiosi, quæ una exhæredatis supererat.

9 Adhæc, si dicimus, liberis omnibus sine elogio exhæredatis aut præteritis, testamentum potestate *dict. constitutionis* nullum esse, non liberis tantum consulimus, sed et aliis etiam defuncti legitimis hæredibus: quippe ad quos tum, liberis aut repudiantibus, aut ante parentem mortuis, hæreditas defuncti ab intestato perventura sit, exclusis scriptis hæredibus. Justinianus autem liberis duntaxat prospicere voluit, ne his noceret exhæredatio: non vero consulere aliis contra scriptos testamento hæredes.

10 Cum ergo duplicem effectum exhæredatio jure veteri habeat; unum hunc, ut absolvat internam testamenti paterni solemnitatem, ne nullum sit ob præteritionem, ad quod sufficit rite factam esse, etiamsi injusta sit: alterum, ut exhæredatum submoveat ab hæreditate, ad quod insuper exigitur, ut facta sit justis de causis: posteriorem effectum tantum Justinianus restringere voluit, priori in suo statu relicto. Sive igitur nulla causa à testatore expressa sit, sive aliqua, quæ tamen non sit ex iis, quæ *d. nov.* 115. *cap.* 3. continentur; aut ex iis quidem, sed in cujus probatione hæres deficiat, utiliter et cum effectu exhæredatus de inofficioso hodieque aget, et postulabit ut testamentum rescindatur, resque redigatur ad causam intestati. Ita concludimus cum Don. in *dict. auth.* Ex causa, Vigl. ad *rubr. hic*, Duar. *cap.* 3. ad *hunc tit.* Cujac. ad *novell.* 18.

Fachin. 4. *cont. cap.* 9. Vasq. *lib.* 2. *de succ. creat.* §. 20. *num.* 162. *et seqq.*

11 Argumentis, quæ pro contraria sententia afferuntur, ex his, quæ dicta sunt, nullo negotio occurri potest: et sunt pleraque ex eorum genere, quæ in ipsos Auctores retorqueri possunt. Postremo, minimi pretii sunt, quæ illi putant esse maximi, quale est, quod sexto loco adducit Bachov. *hic* frustraneam ajens esse eam actionem, in qua actor non potest succumbere etc. Ergo frustra est, quod liberis omnibus exhæredatis, non addito, quia ingrati fuerunt, actio de inofficioso datur: quoniam nunquam possunt non vincere. Considerare debuerant, non frustra esse, quod leges testamentum consistere volunt, ut saltem his casibus, quos modo commemoravi, incidentibus, voluntas defuncti exitum habeat.

12 (*Non quasi vere furiosus sit*). Cujus testamentum inofficiosum arguitur, quasi demens, non vere demens dicitur, *l.* 2. *l.* 5. §. 1. *hoc tit.* nam qui filium immerentem exhæredat, patrem qui præterit, prope à furioso abesse fingitur, eo quod non sentiat, sibi se esse injurium, cum liberis, aut parentibus injuriam facit. Quod vero testamentum à vere demente factum est, id inofficiosum accusari non potest, quia nullum est.

13 "In Hispania probatæ „sunt *ll.* 4. 5. 6. *et* 7. *tit.* 7. *P.* 6. „eædem 14. exhæredationis cau„sæ, quas Justinianus assignavit „*novell.* 115. *cap.* 3. Sed insuper „constitutione edita anno 1776. „nova causa est addita si de filiis „qui contrahunt matrimonium si„ne consensu parentum, quam ex„ponimus in *nostra Illustratione* „*lib.* 1. *tit.* 4. *n.* 3. *et seqq.* Sed „et qui matrimonium clandesti„num contrahunt, juste exhære„dari possunt, *l.* 5. *tit.* 2. *lib.* 10. „*Nov. Recop.*

14 „Præterea cum apud nos „nulla noscatur differentia inter „testatorum filios suos et eman„cipatos, neque inter descenden„tes ex masculis et ex fœminis, „ut diximus *sup.* §§. 5. *et* 7. *de* „*exhæred. lib.* exhæredatis dunta„xat, quibus falsa causa objecta „est à testatore, querela compe„tet: præteritis autem semper „deneganda, etsi à patre emanci„patore vel à matre, qui alios „hæredes instituerunt, sint præ„teriti; semper enim hoc casu „testamentum erit nullum, *l.* 1. „*tit.* 8. *P.* 6. ut *dd.* §§. 5. et 7. „probavimus: uti etiam quando „exhæredatio sine expressione „causæ fiat, *l.* 10. *tit.* 7. *eod. et* „*ibi* Lopez *gloss.* 5. Covarr. ta„men hoc posteriore casu aliquan„tulum dubitat in *cap. Raynutius* „*de testam. in pr. n.* 7.

TEXTUS.

Qui de inofficioso agunt.

1 *Non autem liberis tantum permissum est, testamentum parentum inofficiosum accusare, verum etiam liberorum parenti-*

bus (1). *Soror autem et frater turpibus personis scriptis hæredibus, et sacris constitutionibus prælati sunt. Non ergo contra omnes hæredes agere possunt. Ultra fratres igitur et sorores cognati nullo modo aut agere possunt, aut agentes vincere* (2).

COMMENTARIUS.

1 (*Non autem liberis tantum*). Querela inofficiosi testamenti primo competit liberis: et merito, quoniam prima eorum causa est in successione ab intestato, utpote quibus ratio naturalis, quasi lex quædam tacita, parentum hæreditatem addicit, velut ad debitam successionem eos vocando, *l. 7. de bonis damn.* daturque liberis omnibus qui jus succedendi ab intestato habent, *l. 7. hoc tit. l. 8. cont. tab.* demptis adoptatis à persona extranea, *l. pen. C. de adopt.* et impubere adrogato, qui queri non potest, quia quartam habet ex constitutione D. Pii, *l. 8. §. 15. hoc tit.*

2 (*Liberorum parentibus*). Post liberos secundo loco querela datur parentibus (3). Nam etsi parentibus non debetur filiorum hæreditas propter votum parentum (et naturalem erga filios charitatem); turbato tamen ordine mortalitatis non minus parentibus, quam liberis pie relinqui debet: ut bene et pie Papinianus in *l. 15. hoc tit.* Id autem hanc habet sententiam: etsi naturæ ordo, parentumque affectio et votum hoc sit, ut liberi supervivant et succedant parentibus, atque idcirco non sic parentibus, quos sola ratio miserationis admittit, liberorum debeatur hæreditas, uti liberis parentum, quos admittit naturæ simul et commune parentum votum, ut idem Papinianus scribit in *l. 7. §. 1. unde liber.* tamen turbato ordine mortalitatis, id est, si contingat liberos prius ex hac vita evocari, et præpostera atque immatura morte abripi, vivis adhuc parentibus, rationem pietatis seu miserationis exigere, ut ne parentes à luctuosa liberorum suorum hæreditate excludantur. Ex quo porro intelligimus, contra officium pietatis facere liberos, qui parentes suos sine causa exhæredant aut prætereunt, atque ob eam causam parentibus quoque actionem de inofficioso dari.

3 Datur autem parentibus itidem omnibus sive masculis sive fœminis, *l. 1. l. 14. et seq. eod. l. 17. C. eod.* qui modo ad successionem liberorum vel legitimo jure vel honorario venturi fuissent; de quo statuendum ex iis, quæ de liberis dicta sunt. Exhæredati sint parentes, an præteriti, nihil interest: nam hæc in linea adscendentium et collateralium non differunt. Cæterum ut effectum habeat exhæredatio aut præteritio, tutumque sit testamentum ab expugnatione, cum elo-

(1) *L. 1. d. tit. 8. P. 6.*
(2) *L. 2. eod.*

(3) *Arg. l. 2. tit. 20. lib. 10. Nov. Recop.*

gio hic quoque facienda est; et vel una saltem ex causis, ob quas parentes exhæredari aut præteriri permissit Justinianus, testamento inserenda, *nov.* 115. *cap.* 4. Causæ autem hujusmodi admissæ octo tantum, quæ ordine enumerantur in *d. cap.* 4. §. 1. *et seqq.* (1). Nimirum pauciores hic causæ sunt, quam in liberis, propterea quod parentibus multa conceduntur in liberos, quæ à liberis in parentes commissa pœnam merentur.

4 (*Soror autem et frater*). *L.* 1. *hoc tit. l.* 21. *C. eod.* Hodie cum fratres uterini in successione concurrant cum fratribus consanguineis, *nov.* 118. consequens est, ut etiam in querela cum iisdem concurrant, aut saltem vincentibus illis, simul ad successionem intestati veniant.

5 (*Turpibus personis*). *L.* 27. *C. hoc tit.* Itaque fratribus querela datur, non simpliciter ut præteritis, sed ut postpositis turpi personæ; atque adeo odio scripti hæredis (2). Cum autem turpis persona definiatur à Constantino: *Quæ vel turpidinis, vel infamiæ, vel levis notæ macula aspergitur*, *d. l.* 27. quæsitum est de spuriis, num et alii talium personarum numero habendi. Spuriorum causam cum DD. comm. defendit Gabriel Palæot. *tract. de notis spuriisque lib. cap.* 55. *et seqq.* quia neque jure infames sunt, neque ipsi quicquam admiserunt, quod existimationem eorum lædat apud bonos viros: crimen autem paternum nullam maculam filio infligere posse, *l.* 26. *de pen.* Adhæc, nativitatem, quæ vitio aut culpæ verti nemini potest, pœnæ esse non debere: undecunque homines nascuntur; si parentum vitia non sectentur, honestos esse, Augustin. *cap. undecunque, dist.* 56.

6 Cæterum ut hæc vera sint, negari tamen non potest, quin labes aliqua et macula spuriis adhæreat, non quidem ex facto sic nascentium, ceu pœna inusta; sed ex vitio ac defectu natalium contracta: unde eos opprobria per omnem vitam comitantur, quæ nullo modo elui possunt, ut scribit Plutarch. *lib. de educ. lib.* vixque est, ut defendi possit, eum, qui ex vulgivaga venere, et improbata gentibus omnibus conjunctione natus est, qui nec gentem, nec familiam, nec patrem habet, pro integra et legali persona, ut loquuntur, habendum esse: qua de re eleganter disserit vir doctissimus Arnisæus *lib.* 2. *de Repub. cap.* 2. *sect.* 13. Illud equidem minime concedo, quod nonnulli statuunt, meretricem, quæ postea nupsit, pro persona infami habendam non esse, propterea quod præcedens dedecus purgetur matrimonio. Non enim aboletur turpitudo, quæ postea intermittitur, *l.* 43. §. 4. *de rit. nup.* utique manet adhuc litura prostitutæ quondam pudicitiæ; ac excluduntur à fratre, qui vel levis notæ macula asperguntur. Pœniten-

(1) *L.* 11. *tit.* 7. *P.* 6.

(2) *L.* 2. *tit.* 8. *P.* 6. *l.* 12. *tit.* 7. *eod.*

tia quidem, et vitæ emendatio abolent delicti notam coram Deo: at non in hujus sæculi tribunalibus, *l.* 65. *de furt. l.* 5. *vi bon. rapt.* Ut autem turpis persona instituta sit; non tamen statim frater ad querelam admittitur. ¿Quid enim si ipse eadem turpitudine, qua hæres scriptus, laboret? Nihil hic habet frater, quod hæredi objiciat, arg. *l.* 11. *C. hoc tit. l.* 47. *solut. matr.* Removet præterea fratrem et ingratitudo ex tribus causis expressis *nov.* 22. *cap.* 47. (1); easque causas opponi ab hærede et probari sufficit, etiamsi à testatore objectæ non fuerint. Nihil enim juri veteri in hoc derogatum est, Gudelin. *de jur. nov. lib.* 2. *cap.* 8.

7 (*Ultra fratres et sorores etc.*). Cognatos, qui sunt ultra fratrem, Ulpianus in *l.* 1. *hoc tit.* hortatur, ne se sumptibus inanibus vexent, eo quod in lite de inofficioso obtinere spem non habeant (2). Ex quo explicandum est, quod Justinianus *hic* simpliciter ait, eos nullo modo agere posse, aut agentes vincere: item quod Diocl. et Maxim. rescribunt in *l.* 21. *C. eod.* neminem eorum, qui ex transversa linea veniunt, exceptis fratre et sorore, ad inofficiosi querelam admitti: nimirum non ita admitti ut agentes vincere, suoque jure testamentum evertere possint, si exceptio iis, objiciatur non competentis querelæ. Plane enim si egerint, et nemine forte eos repellente obtinuerint, testamentum jure rescissum manet, remque proximi ab intestato auferunt, *l.* 6. §. 1. *eod.*

8 Quæ de querela liberis, parentibus, et fratribus danda, tradita sunt, nullum olim habebant locum in testamento militis, sive jure militari sive communi facto, *l.* 27. §. 2. *hoc tit. l.* 9. *l.* 24. *C. eod.* obtinebant tamen in testamento veterani etiamsi de bonis castrensibus fuisset conditum, *l.* 8. § 3. *eod.* Postmodum constitutione Justiniani, quæ extat in *l. ult. C. eod.* effectum est, ut omnia testamenta de castrensi seu quasi castrensi peculio condita à querela essent immunia, donec testantes in sacris sive potestate parentum constituti essent; aliter enim, peculii nomine cessante, querelam sustinerent. Cæterum novissime Justinianus ipse querelæ subjecisse videtur hæc eadem de peculiis testamenta *nov.* 115. *cap.* 4. *in princ.* ut verba illa: *In quibus habent testandi licentiam,* ostendunt. Vide Retes *lib.* 5. *opuscul. cap.* 3. *n.* 19. *et seq.* Cujac. in *d. l.* 8. §. 3. *in fine.*

TEXTUS.

Qui alio jure veniunt, de inofficioso non agunt.

2 *Tam autem naturales liberi, quam secundum nostræ constitutionis divisionem adoptati, ita demum de inofficioso testamento agere possunt, si nullo alio jure*

(1) *D. l.* 12. *tit.* 7. *P.* 6. *vers.* Pero.

(2) *D. l.* 2. *tit.* 8. *P.* 6. *in fin.*

ad defuncti bona venire possint. Nam qui ad hæreditatem totam, vel partem ejus alio jure veniunt, de inofficioso agere non possunt. Posthumi quoque, qui nullo alio jure venire possunt, de inofficioso agere possunt.

COMMENTARIUS.

1 (*Secundum nostræ constitutionis divisionem*). Intelligit constitutionem, quæ extat in *l. pen. C. de adopt.* cujus crebra in hisce libris mentio, §. *sup. de adop.* §. 5. *sup. de exhær. lib.*

2 (*Qui ad hæreditatem etc. alio jure veniunt, de inofficioso agere non possunt*). Hoc, credibile est, introductum esse, ut quoad fieri posset, salvo jure exhæredati aut præteriti, existimationi testantium parceretur, quos querela, dum quæsito colore cæcitatem mentis obtendit, revera nec humane, nec pie fecisse arguit. Estque querela remedium extraordinarium ac subsidiarium; cujusmodi concedi non solet ei, qui communi et ordinario auxilio munitus est, *l.* 16. *de minorib.* Proinde qui testamentum nullum, ruptum, aut irritum dicere potest, inofficiosum non dicet; nisi forte justa causa sit dubitandi, an alio remedio æque cautum sit agenti, tunc enim eligere licet, *l.* 8. §. 12. *hoc tit.* et si quis, exempli gratia, nullum dixerit, nec obtinuerit, non prohibetur postea de inofficioso queri, *l.* 16. *C. hoc tit.* Pari ratione liberi emancipati præteriti, quia jure honorario ad bonorum possessionem contra tabulas admittuntur, de inofficioso agere non possunt, *l.* 23. *eod.* In summa de inofficioso agere non potest, nisi qui omni alio auxilio tum civili, tum Prætorio destitutus est; quam ob causam querela inofficiosi ultimum dicitur adjutorium, *l. ult. vers. nam cum ultimum, C. de lib. præt.*

3 Sed hic jam quæret aliquis, ¿cur igitur patri à filio emancipato præterito querela datur inofficiosi, cum bonorum filii possessionem contra tabulas petere possit? *tit. si à parent quis manum.* In promptu responsio est, hanc bonorum possessionem non dari patri, tanquam patri, sed tanquam manumissori et patrono: nam emancipatus à parente in ea causa est, ut in contra tabulas bonorum possessione liberti exitum patiatur, *l.* 1. *in pr. d. tit.* Ut patronus igitur contra tabulas agit; ut pater, querela inofficiosi.

4 "Quod ad Hispaniam attinet, repete quæ notavimus in *pr. sup. hoc tit. et in* §. 1. *de exhær. liber.*"

TEXTUS.

De eo, cui testator aliquid reliquit.

3 *Sed hæc ita accipienda sunt, si nihil eis penitus à testatoribus testamento relictum est: quod nostra constitutio ad verecundiam naturæ introduxit. Sin vero quantacunque pars hæreditatis, vel res eis fuerit relicta, de inofficioso querela quiescente; id, quod eis deest, usque ad quartam le-*

gitimæ partis repleatur: licet non fuerit adjectum, boni viri arbitratu debere eam compleri.

COMMENTARIUS.

1 Illud hic apprime notandum, olim ita jus fuisse, ut non tam ipsa exhæredatio aut præteritio querelæ faceret locum, quam quartæ sive legitimæ portionis per exhæredationem aut præteritionem ademptio: atque hinc evenisse, ut et is, cui exhæredato pars legitima relicta esset, à querela repelleretur; et is, qui ex minore parte, quam quæ legitimam conficeret, hæres institutus esset, datis cohæredibus, admitteretur ad querelam, ut perspicue probat *l.* 8. §. 9. *hoc tit.*

2 Videamus nunc, quatenus Justinianus ab hoc jure recesserit ea constitutione, cujus *hic* meminit, et quæ extat in *l.* 30. *C. hoc tit.* Is vetera jura intacta servare expresse voluit, id est, querelam inofficiosi locum habere, cum nihil exhæredatis aut præteritis testamento relictum est, §. 1. *d. l.* 30. *et l. seq.* At si ei, qui queri poterat, aliquid relictum sit, vel in hæreditate, vel in legato aut fideicommisso, id satis Imperatori vissum est ad excludendam querelam, confirmandumque testamentum: jubetque hoc casu id, quod deest, usque ad portionem legitimam suppleri, licet testamento adjectum non fuerit, ut boni viri arbitratu suppleretur, *d. l.* 30. *in pr.* quod etiam repetit *l.* 31. et *aliquot seqq. C. eod.* et exprimit *hoc* §. Loquitur generaliter, profiteturque, se hoc constituisse ut amputaret innumerabiles occasiones subvertendi ultimas hominum dispositiones, atque in eo respexisse ad verecundiam naturæ.

3 Novissimo jure non tam debitæ portionis per exhæredationem ademptio, quam ipsa exhæredatio per se querelam inducit, *nov.* 115. *cap.* 4. *et* 5. De quo accuratius sub §. *ult. infr. eod.* (1).

4 (*Ad verecundiam naturæ*). Ne scilicet temere atque irreverenter liberi prosiliant ad impugnanda ac rescindenda testamenta parentum, quorum ut persona, ita et voluntas sancta iis esse debet: et in universum, ut aliorum quoque pudori consulatur, nec tam crebra sit occasio suprema hominum judicia evertendi, tanquam impia atque inhumana, quæsito colore ac prætextu furoris, *d. l.* 30. *in pr. C. hoc tit.*

5 (*Ad quartam legitimæ partis*). Legitimam partem *hic* vocat totam illam portionem, quæ jure legitimæ successionis ex bonis defuncti liberis et parentibus debetur. Plerumque tamen ipsa quarta, ad quam in proposito repletionem fieri vult, legitima dicitur, item debita portio, debitum naturale, et debitum bonorum subsidium, *l.* 8. §. 11. *hoc tit. l.* 36. §. 2. *C. eod. l.* 5. *C. de inoff. don.* Atque adhuc hodie *quarta* passim appellatur, nimirum quia jure antiquo quarta pars fuit ejus,

(1) *L.* 5. *d. tit.* 8. *P.* 6.

quam dixi, portionis, scilicet quæ ad eum qui queritur perventura fuisset, si paterfam. intestatus decessisset, *l.* 8. §. 6. *eod.* Quo primum tempore, aut qua lege modus hujus portionis sic definitus sit, non liquet. Justinianus quantitatem auxit in liberis, proque quarta substituit tertiam; in liberis autem pluribus quatuor, semissem, *nov.* 18.

6 (*Repleatur*). (1). Vulgo condictionem hanc, qua repletio petitur, actionem ad supplementum vocant, notantque triplicem inter eam et querelam de inofficioso differentiam. Prima est: quod querela taciturnitate quinquennii ab adita hæreditate computandi extinguitur, *l.* 8. §. *ult. et l. seq. hoc tit. l. si quis* 34. *C. eod.* (2). hæc actio sive condictio ex lege, ut favorabilis, perpetua est, id est, durat annos triginta; qui terminus est actionum omnium in personam, *l.* 3. *C. de præscript.* 30. *ann.* Altera: quod querela (quippe quæ instar est actionis injuriarum, *l.* 8. *in pr. hoc tit.*) in hæredem non transmittitur nisi præparata, excepto casu *d. l.* 34. *C. hoc tit.* actio hæc etiam non præparata transeat. Tertia: quod qui agnoscit, quod sibi testamento relictum est, querelæ renunciasse intelligitur, *l.* 10. §. 1. *l.* 12. *in pr. eod.* (3). non autem huic actioni ad supplementum, nisi agnoscens specialiter scripserit, se contentum parte relicta, nolle de eo, quod deest, ullam quæstionem habere, *l.* 35. §. 2. *C. eod.*

TEXTUS.

Si tutor, cui nihil à patre relictum, pupilli nomine legatum acceperit.

4 *Si tutor nomine pupilli, cujus tutelam gerebat, ex testamento patris sui legatum acceperit, cum nihil erat ipsi tutori relictum à patre suo: nihilominus poterit nomine suo de inofficioso patris testamento agere.*

Si de inofficioso nomine pupilli agens succubuerit.

5 *Sed si è contrario, pupilli nomine, cui nihil relictum fuerat, de inofficioso egerit, et superatus est: ipse tutor, quod sibi in testamento eodem legatum relictum est, non amittit.* (4).

COMMENTARIUS.

1 Qui judicium defuncti agnoscit, puta quod sibi datum est, percipiendo, hoc ipso testamentum comprobare intelligitur, et querelæ renunciare, *l.* 23. §. 1. *l. pen.* §. *et* 4. *l. ult. hoc tit.* (5). Atque ex contrario, qui voluntatem defuncti impugnat

(1) *D. l.* 5. *tit.* 8. *P.* 6. *in fine.*
(2) *L.* 4. *d. tit.* 8. *P.* 6. *vers.* Ca decimos.
(3) *D. l.* 5. *tit.* 8. *P.* 6. *vers.* E esto.
(4) *L.* 13. *tit.* 7. *P.* 6. *vers.* Fueras ende.
(5) *L.* 6. *tit.* 8. *P.* 6

ut inofficiosam, is legatum sibi relictum perdit, et id fisco vindicatur, quasi indigno sublatum, *l.* 8. §. 14. *eod.* (1). Nec interest, utrum quis nomine proprio judicium agnoverit, inofficiosumve dixerit, an alieno, dummodo id fecerit sponte, nec ulla necessitate officii cogente, veluti si advocationem præbuerit, *d. l. ult. in princ.* (2). Licet autem qui legatum accepit, non admittatur ad querelam, non tamen ei negatur arguere testamentum falsum aut non jure factum, et qui non jure factum contendit, nec obtinuit, non repellitur ab eo, quod meruit, *l.* 5. *in pr. et* §. 1. *de his quæ ut indign.* Cujus rei hanc rationem reddit Papin. *l.* 24. *eod. tit.* quoniam qui testamentum jure factum negat, de jure disputat, non impugnat aut accusat judicium, id est, disputat an ea sint observata solemnia, quæ jus exigit; non autem impugnat judicium, eo colore, quod testator fuerit emotæ mentis; adeoque nec ulla injuria afficit defunctum, quemadmodum ille, qui inofficiosi instituit querelam.

2 Quod si quis ex necessitate officii, ea quæ diximus, fecerit nomine alieno, excusatus est. Exemplum *hoc* §. proponitur in tutore: sed ad omnes hoc pertinet, qui ex officio alios defendere, aut agentes consilio et opera sua juvare tenentur, ac proinde etiam ad Advocatum, cui clientis causam agere publice impositum, arg. *d. l.* 5. 13. *de his quæ ut indign.* (3). Sive igitur tutor, cum ipse exhæredatus esset à patre, legatum petierit aut perceperit ex testamento nomine pupilli, cujus tutelam gerit; sive è contrario pupilli exhæredati nomine de inofficioso egerit, et victus sit, neque hoc casu, quod ad se attinet testamentum improbasse, neque illo probasse intelligitur, sed hæc fecisse ex necessitate officii et fide, quæ excusata esse debet: ac proinde illo casu non prohiberi suo nomine de inofficioso agere; nec hoc casu legatum sibi relictum petere, *l.* 30. §. 1. *hoc tit. l.* 22. *de his quæ ut indign.* (4).

TEXTUS.

De quarta legitimæ partis.

6 *Igitur quartam quis debet habere, ut de inofficioso agere non possit, sive jure hæreditario, sive jure legati vel fideicommissi, vel si mortis causa ei quarta donata fuerit, vel inter vivos in iis tantummodo casibus, quorum mentionem nostra facit constitutio; vel aliis modis, qui in nostris constitutionibus continentur. Quod autem de quarta diximus, ita intelligendum est, ut sive unus fuerit, sive plures, quibus*

(1) *D. l.* 13. *vers.* La quinta, *et in fine.*

(2) *D. l.* 13. *et ibi* Lop. *gloss.* 16. *d. l.* 6. *tit.* 8. *P.* 6.

(3) *D. l.* 13. *tit.* 7. *P.* 6. *vers.* Fueras ende.

(4) *D. l.* 13. *tit.* 7. *P.* 6. *vers.* Fueras unde.

agere de inofficioso testamento permittitur, una quarta eis dari possit, ut ea pro rata eis distribuatur, id est, pro virili portione quarta.

COMMENTARIUS.

1 *Sive jure hæreditario, sive jure legati*). Novissimo jure, tota hæc ratio mutata est. Nam ex *novell.* 115. *cap.* 3. *et* 4. non sufficit ad excludendos à querela liberos et parentes, legitimam eis quovis titulo relictam esse: sed ut testamentum ab omni oppugnatione tutum sit, necesse est, ut boni liberi, et parentes honorentur titulo hæredis; ut jam non tam quæratur, an legitimam habeant, quam an instituti sint, aut juste à successione summoti. (1). Patet hoc primum ex *d. nov. cap.* 3. ubi Justinianus expressissimis verbis sancit, non licere penitus parentibus liberos suos præterire vel exhæredes facere, nec si quovis titulo particulari eis reliquerint legibus debitam portionem. Deinde ex *cap.* 5. *ejusdem nov.* ubi testatur, hanc suæ Serenitatis intentionem esse, ut à liberis et parentibus injuriam exhæredationis et præteritionis auferat. At enimvero necesse non est, ut institutio fiat in universa legitima, sed sufficit vel in particula aliqua assis, vel etiam ex rebus certis hæredes nuncupatos esse, aut institutos simpliciter, jussosque certis rebus esse contentos: quibus casibus, etsi minus relictum portione legitima, cessat tamen querela, et competit actio ad supplementum, *d. cap.* 5. (2); cum contra esset jure veteri, ut *supra* notatum ad §. 3.

2 At, inquies, hoc posito aberravit Justinianus à scopo suo. Nam ex vera ratione juris, atque ipsius etiam *constitutione* Justiniani, qui certæ rei hæres institutus est datis aliis cohæredibus, aut qui simpliciter institutus jussus est certis rebus deductis hæreditatem restituere, non hæredis, sed legatarii loco habetur, nullasque actiones hæreditarias aut exercet, aut excipit, *l.* 13. *C. de hæred. inst.* Jam vero si nihil refert, legatum alicui detur, an in re certa hæres instituatur addito vero hærede, nec magis hoc, quam illo modo fiat, ut hæres sit, falsus Justinianus fuit existimans, injuriam præteritionis aut exhæredationis tolli, si modo hæres quis nuncupetur vel ex re certa, vel simpliciter, et certis rebus deductis, rogetur hæreditatem restituere. Nam si hæres non fit, si nihil amplius ea res efficit, quam si legatum accepisset, certe pro præterito habendus erit, quomodo ratiocinatur et Glossa in *l.* 29. *ad senat. Trebell.* Ex quo etiam sequitur, inane esse, sine re atque effectu, quod jactatur de honorifico titulo institutionis.

3 Sed tamen Justinianus hoc solum exigit, cui visum est, satis tolli injuriam præteritionis per solam hæredis nuncupationem, eum-

(1) *L.* 5. *d. tit.* 8. *P.* 6.

(2) *D. l.* 5. *tit.* 8. *P.* 6

que, qui vel in re certa institutus esset, justam causam non habere conquerendi se esse præteritum: quod ne videatur sine ullo juris effectu constitutum, delendi potest cum Sichard. post Bart. Jas. et DD. in *l.* 13. *C. de hær. inst.* eum, qui in re certa institutus est, mixtæ cujusdam conditionis et nauræ esse, mediæque inter hæredem et legatarium: unde et hæredis nomen retineat, et rem, in qua institutus est, propria auctoritate apprehendere possit; quodque præcipuum est, jus etiam accrescendi habeat, hoc est, deficiente cohærede simpliciter instituto, ipse universam hæreditatem solus consequatur, perinde ac si ab initio solus ex re certa institutus esset: licet aliud videatur Anton. Fab. *dec.* 15. *err.* 5. Bartolus *d. loc.* ait, in re certa institutum, rei istius respectu pro legatario censeri, respectu personæ ipsius pro hærede: quod satis Justiniano visum ad eum excludendum à querela.

"Quanta sit in Hispania legitima liberorum et parentum, et ea quæ spectant ad meliorationes tertii et quinti, quibus sæpe parentes honorant aliquem ex suis liberis, late exponimus *in nostra Illustratione lib.* 2. *tit.* 6."

TITULUS DECIMUSNONUS.

DE HÆREDUM QUALITATE ET DIFFERENTIA.

D. Lib. 9. *Tit.* 2. *Cod. Lib.* 6. *Tit.* 31. (1).

1 Si testamentum ab initio recte factum fuerit, neque postea infirmantur, secundum ea quæ *superioribus titulis* exposita sunt, incipit post mortem testatoris deferri testamento hæreditas, ut jam ad acquisitionem ejus nihil supersit præ et susceptionem: quæ ex duabus partibus, quibus acquisitionem hæreditatis constare diximus sub §. *ult. supr. per quas pers. cuiq. acq.* altera est. Quamvis autem eadem sit ratio adquirendæ hæreditatis ab intestato delatæ, atque ex testamento; tamen cum disseruisset Imperator de deferenda hæreditate ex testamento, partem alteram, quæ est de altera acquirendà, divellere noluit, licetque hinc petere, quod illo pertinet. Sunt autem duo *hujus tituli* capita, quorum alterum inscriptio indicat; alterum est de acquirenda vel omittenda hæreditate. Posterioris cognitio à priori dependet. Nam cum varia sit hæreditatis acquisitio, eam varietatem ef-

(1) *L.* 21. cum *seq. t.* 3. *P.* 6.

ficit diversâ qualitas et conditio hæredum. Quamobrem recte primum indicantur genera et differentiæ hæredum, deinde demum disputatur de acquirenda vel omittenda hæreditate.

TEXTUS.

Divisio hæredum.

Hæredes autem aut necessarii dicuntur, aut sui et necessarii, aut extranei. (1).

COMMENTARIUS.

1 Trimembris hæc hæredum divisio ex duabus bimembribus conflata est, more nostris usitato. Sic autem revocabitur, ut dicamus, hæredum alios esse necessarios, alios voluntarios; et illorum alios necessarios simpliciter, alios necessarios et suos. Rectius vero necessariis hæredibus opponimus voluntarios, quam extraneos, argum. *l.* 12. *de cond. inst. l.* 15. *et seq. de adq. hær.* quippe extranei ad distinctionem suorum magis dicuntur, non considerata in eis necessitate, *l.* 6. *in pr. de injust. rupt. l.* 6. *de vent. in poss. mitt.* Est autem hæc distributio ex jure civili: nam Prætor suos hæredes ex necessariis vi ipsa fecit voluntarios, dato beneficio abstinendi, §. 2. *infra in fin.*

2 "In Hispania sui hæredes "non sunt necessarii, ut vide"bitur *infra* §. 2."

TEXTUS.

De hæredibus necessariis.

1 *Necessarius hæres est servus hæres institutus, ideoque sic appellatur, quia sive velit, sive nolit, omnino post mortem testatoris protinus liber, et necessarius hæres fit* (2) *Unde qui facultates suas suspectas habent, solent servum suum primo aut secundo, aut etiam ulteriore gradu hæredem instituere: ut si creditoribus satis non fiat, potius ejus hæredis bona, quam ipsius testatoris à creditoribus possideantur, vel distrahantur, vel inter eos dividantur. Pro hoc tamen incommodo illud ei commodum præstatur, ut ea, quæ post mortem patroni sui sibi acquisierit, ipsi reserventur. Et quamvis bona defuncti non sufficiant creditoribus, iterum tamen ex ea causa res ejus, quas sibi acquisierit, non veneunt.*

1 *Hic text.* clarus est, et de ejus argumento locuti sat sumus §§. 1. et 2. *qui et ex quib. caus.* et in *pr. de hæred. inst.*

2 "Quod ad Hispaniam spe"ctat, recole dicta in §. 1. *qui et* "*ex quib. caus. man. non poss.*"

(1) *D. l.* 21. *tit.* 3. *P.* 6.
(2) *D. l.* 21. *tit.* 3. *P.* 6. *vers.* E necessario.

TEXTUS.

De suis hæredibus.

1 *Sui autem et necessarii hæredes sunt, veluti filius, filia, nepos, neptisve ex filio, et deinceps cæteri liberi, qui in potestate morientis modo fuerint. Sed ut nepos neptisve sui hæredes sint, non sufficit, eum eamve in potestate avi mortis tempore fuisse: sed opus est, ut pater ejus, vivo patre suo, desierit suus hæres esse, aut morte interceptus, aut qualibet alia ratione liberatus à patria potestate: tunc enim nepos neptisve in locum patris sui succedit. Sed sui quidem hæredes ideo appellantur, quia domestici hæredes sunt, et vivo quoque patre quodammodo domini existimantur. Unde etiam si quis intestatus moriatur, prima causa est in successione liberorum. Necessarii vero ideo dicuntur, quia omnino, sive velint, sive nolint, tam ab intestato, quam ex testamento, ex lege XII. Tab. hæredes fiunt: sed his Prætor permittit volentibus abstinere hæreditate, ut potius parentis, quam ipsorum bona similiter à creditoribus possideantur.*

COMMENTARIUS.

1 (*Veluti filius, filia, nepos &c.*). Qui sint et dicantur sui hæredes, licet non definitione aliqua, sed exemplis *hic* declaretur, facile tamen ex his, quæ traduntur, quivis per se brevem, et explicandæ rei idoneam definitionem extruxerit dicens: *Liberi qui in potestate morientis fuerunt, et tempore delatæ hæreditatis in familia proximi sunt, seu primum gradum occupant*: ut sunt filii, et nepotes illi qui locum occupant patris sui, quia hic desiit esse in potestate avi. Enimvero hodie occupatio loci paterni atque in sui hæredis locum successio ex causa emancipationis nihil operatur quoad effectum succedendi ab intestato, postquam placuit etiam filios emancipatos jure civili ad successionem ab intestato admitti, atque in ea successione præferri nepotibus ex se natis, licet retentis in potestate avi, *nov.* 118. *cap.* 1. Ex quo etiam intelligimus, hodie edictum *de conjung. cum emancip. liber.* inutile esse.

2 (*Sed sui quidem hæredes*). Nomen sui hæredum ex jure civili descendit, *l. ult. de bon. damm.* hoc est, ex lege XII. Tab. *l.* 220. *de verb. sing.* Ulpian. *tit.* 26. estque verbum forense ac proprium Jurisconsultorum, non populare aut oratorium, de quo Hotoman. 6. *observ.* 10. Quod ut intelligatur, sciendum est, relativum *suus* non eodem modo ac sensu in proposito apud nostros usurpari, quo apud Grammaticos et in sermone populi. Popularis locutio est, cum ea dictione ut relativa et reciproca sic utimur, ut referatur et redeat ad eam personam, quæ præcessit; veluti cum nostri dicunt: *Mulier suos filios in potestate non habet, l.* 5. *C. de adopt. Cajus Sejustes tamen-*

to uxorem suam hæredem instituit, l. 34. §. 3. *l. ult. de legat.* 2. In his enim locutionibus vox *suus* ad præcedentem personam refertur, scilicet ad matrem, ad Cajum Sejum. Atque hic usus hujus vocis, quem pueri docentur in scholis, citato vulgato illo: *Rogat te Cæsar, ut suas partes sequaris.* Ex eadem consuetudine et more vulgari nostri quoque loquuntur, cum utramque vocem, *hæres, et suus*, conjungunt; sed ita, ut *suus* sequatur, veluti in his: *Testator à Titio hærede suo centum legavit. Titia ita fidei commisit hæredis sui. Stipulatus est sibi hæredique suo, ire agere licere, l.* 2. §. *ult. de verb. oblig.* Quintil. *lib.* 5. *cap.* 16. *Quem quis hæredem suum esse voluit, charum habuit.* At cum ex usu juris peculiari loquuntur, verbum *suus* refertur ad eum ipsum, qui hæres, et quod diligenter observandum, tunc perpetuo id verbum præcedit, ut in his: *Fœmina suum hæredem non habet, l.* 4. §. 2. *contra tab. Filius patri suus hæres est, l.* 45. §. 2. *de neg. gest.* cum *sexcentis similibus.* Et igitur cum dico, *Mulier suum hæredem non habet*, intelligor loqui ex usu juris peculiari; cum ajo: *Sempronia hæredem suum rogavit, ut partem hæreditatis restituat Titio*, ex usu communi. Rationem nominis mox audiemus.

3 (*Et vivo patre quodammodo domini*). (1). Atque hinc est, quod patre mortuo, non tam novam et aliam hæreditatem percipere existimentur, quám pleniorem et liberiorem veterum bonorum administrationem, statimque à morte parentis quasi continuatur dominium, *d. l.* 11. *de lib. et posth.* quo fit, ut ubi suus hæres est, numquam jacere hæreditas dicatur, nimirum quia nullum inter defuncti mortem et existentiam sui hæredis intervallum est, *l.* 1. §. 7. *si quis omis. ca. test.* Ex eo item est, quod sui hæredes sipso jure hæredes existant, citra ullum vel suum vel alterius factum, *l.* 14. *de suis et leg.* adeoque ante apertas tabulas, *l.* 3. *C. de jur. del.* tametsi ignorent patrem decessisse: ac proinde etiamsi furiosi sint, aut alias voluntate careant, *l.* 63. *de adq. hær.*

4 (*Necessarii ideo dicuntur, quia sive velint sive nolint.*). Necessitas hæc à jure patriæ potestatis est, *l.* 5. *de cond. et dem.* quæ similis dominicæ fuit, ut ostendimus in §. 2. *supr. de pat. pot.* liberosque hac in causa redigebat ad instar servorum: unde et commune iis cum servis hæredibus à dominis institutis nomen necessariorum hæredum, *l.* 57. *de adq. hær.* et passim. Licet autem suitati cohæreat necessitas; est tamen diversa qualitas á suitate. Ex eo quod qui suus est, ipso jure hæres fit, bonaque paterna penes eum remanent: ex eo quod necessarius, ea retinere cogitur, creditoribusque paternis, velit nolit, respondere, *d. l.* 57. In suitate jus liberorum magis, in necessitate solius patris vertitur; cui

(1) *D. l.* 21. *tit.* 3. *P.* 6.

ob id liberum fuit necessitatem hanc remittere, atque ex necessario hærede facere voluntarium, *l.* 12. *de cond. instit.* ut evenit in vulgari substitutione. Neque unquam pater dicitur suum sibi hæredem facere, sed bene necessarium.

5 (*Prætor permittit volentibus abstinere hæreditate*). Cum quæsitæ hæreditatis hæc vis sit, ut nos obliget æri alieno, licet solvendo non sit, *l.* 8. *de adq. hær.* suisque hæredibus ipso jure acquiratur hæreditas, consequens quidem est, ut creditoribus hæreditariis respondere teneantur, quamvis bona paterna non sufficiant, iisque se bonis abstinere parati sint, humanitas tamen hic postulare videbatur, ut eo onere, qui id non sponte suscepissent, liberarentur. Verum tantum abest, ut jus civile iis subvenerit, ut eodem jure etiam necessitas ista comparata sit, et annexa suitati. ¿Et quid mirum, si lex, quem occidere patri permittebat, eundem necessarium hæredem patri fecerit, aut permiserit patrem sibi facere?

6 Cæterum acerbitatem juris civilis Prætor mitigavit data suis et necessariis hæredibus potestate abstinendi, quo beneficio qui ex his uti volunt, hoc consequuntur, ut necessitate subeundorum onerum hæreditariorum non adstringantur *d. l.* 57. *de adq. hær.* Ex eo autem quod Prætor *hic* dicitur liberis necessariis hæredibus volentibus potestatem facere abstinendi hæreditate, et *alibi* eos liberare oneribus hæreditariis, si velint derelinquere hæreditatem, *d. l.* 57. recte colligitur, Prætorem ex necessariis vi ipsa fecisse voluntarios, quanquam non extraneos: necessitatem tantum à Prætore sublatam, non suitatem: quippe cujus maxima pars ad utilitatem liberorum pertinet, quibus prodesse, non nocere Prætori propositum fuit, *l.* 12. *de vulg. et pup.* Quamobrem etiamnum et ipso jure et ignorantes hæredes fiunt, et obligantur creditoribus hæreditariis, §. 3. *Inst. de hær. quæ ab int. d. l.* 57. quamvis respectu beneficii Prætorii, quo fit, ut in eos actio non detur, idem jus habere dicantur, quod futurum esset, si liberum arbitrium adeundæ hæreditatis haberent, *l.* 89. *de legat.* 1.

7 Clarius vero adhuc apparet, suitatem non esse sublatam à Prætore ex eo, quod etiam post abstentionem nudum illud nomen hæredis non est sine effectu: nam et sola sui hæredis existentia confirmat tabulas pupillares, ut docuimus supra sub *pr. de pup. subst.* et libertates sustinet, *l.* 30. §. 10. *de fid. lib.* quo loco diserte pro ratione hoc affert Jurisconsultus: *Quod non sit sine hærede, qui suum hæredem, licet se abstinentem, habet*: et operatur confirmationem fideicommissi, ut restituta hæreditate ex senatusconsulto Trebell. transeant actiones, *l.* 27. §. 3. *ad SC. Treb.* Postremo inde est, quod hæreditas pupilli, quantumvis abstinentis, potestate juris civilis cum hæreditate patris confusa censetur, *l.* 28. *de reb. auct. jud. poss.* licet hoc casu substitutus pupilli separatio-

nem bonorum patris et filii petere possit ex sententia Marcelli probata ab Ulpiano *l. 42. de adq. hær.*

8. „In Hispania liberi non „sunt hæredes necessarii patri, „sed voluntarii, ipsisque permit„titur paternam hæreditatem de„relinquere vel repudiare, *l. 5.* „*tit. 6. lib. 10. N. Rec.* uti jure „prætorio apud Romanos viguisse „vidimus. Nec ulla fere noscitur „differentia inter filios suos et „emancipatos, præterquam in ar„gumentis substitutionis pupilla„ris, et tutelæ. Sane quoad ne„cessitatem eos instituendi vel „exhæredandi, idem de utrisque „leges nostræ statuunt: uti et de „parentibus; atque etiam de li„beris respectu matris. Vide quæ „supra diximus in §§. 5. et 7. *de* „*exhær. liber.* Cæterum alio sensu „longe diverso hæredes necessarii „vulgo dicuntur illi, quibus por„tio legitima auferri nequit, qua„les sunt liberi, et his non ex„tantibus parentes, ut vidimus „*tit.* 13. *n.* 5.

TEXTUS.

De extraneis.

3 *Cæteri, qui testatoris juri subjecti non sunt, extranei hæredes appellantur. Itaque liberi quoque nostri, qui in potestate nostra non sunt, hæredes à nobis instituti, extranei hæredes nobis videntur. Qua de causa, et qui hæredes à matre instituuntur, eodem numero sunt: quia fœminæ in potestate liberos non habent. Servus quoque hæres à domino institutus, et post factum testamentum ab eo manumissus eodem numero habetur.*

COMMENTARIUS.

1 Sequitur tertium genus hæredum, extranei, qui iidem et voluntarii hæredes dicuntur, propterea quod his hæreditas voluntate acquiritur, ut si velint, liceat suscipere, §. *ult. infr. eod.* si nolint, non cogantur, *l.* 16. *C. de jur. del.* eaque appellatione commodius in distributione necessariis oppositi fuissent, ut in *pr.* monuimus. Sunt autem extranei seu voluntarii hæredes in liberis hominibus omnes, qui non sunt sui; ex servis, qui utrumque ex domini testamento non consequuntur, libertatem scil. et hæreditatem, §. 1. *supr. de hær. inst. et hoc textu in fin.*

2 Omittendum vero hic non est, verbo *extraneorum hæredum* non semper intelligi omnes, qui sunt voluntarii, aut omnes designari, qui non sunt sui. Nam et filius emancipatus ab extraneis discernitur in *l.* 114. §. 16. *de legat.* 1. atque in *l. unic. C. de impon. lucrat. descrip.* appellatione extraneorum significantur soli, qui in numero descendentium non sunt: et patrono legitimo hæredi extraneus opponi videtur in *l.* 36. *de bon. lib.* Sane cum de jure succedendi ab intestato quæritur, pro extraneis simpliciter habendi non sunt, qui præteriti aut exhæredati jure civili aut prætorio testamentum re-

scindere possunt. Quin etiam omnes, qui ab intestato sive à lege, sive à Prætore ad successionem vocantur, suo sensu possunt dici non extranei, nimirum ad differentiam eorum, qui ab intestato venire non possunt: eoque sensu Cajus *lib. 2. tit. 3. in fin.* extraneos hæredes definit, qui nullo propinquitatis gradu testatori junguntur: quamvis inscite *eo loco*, ubi extraneos et suos invicem in dividendo opponit. Ex his vero intelligi potest, quid sibi velit Baldus in *l. 9. col. 12. 3. opp. C. de collat.* cum ait, extraneum dici tripliciter, à suitate, à filiatione, et à cognatione.

3 "In Hispania doctrina *hu-* „*jus* §. probata est in *l. 21. tit 3.* „*P. 6. vers.* E extraños. Cæte- „rum vix est, ut liberi emancipa- „ti extranei hæredes dici queant: „idemque esto judicium de filiis „respectu matris et de ascenden- „tibus respectu descendentium „non habentium liberos, per ea „quæ in §. *proximo* diximus. Vi- „de Torres in §. 2. *hoc tit.* May- „mò *ibid. n. 4.* Galin. in *Phœn.* „*lib. 3. tit. 9. §. 2.*"

TEXTUS.

De testamenti factione.

4 *In extraneis hæredibus illud observatur: ut sit cum eis testamenti factio, sive hæredes ipsi instituantur, sive ii, qui in potestate eorum sunt. Et id duobus temporibus inspicitur: testamenti quidem facti tempore, ut constiterit institutio mortis vero testatoris, ut effectum habeat. Hoc amplius et cum adit hæreditatem, esse debet, cum eo testamenti factio, sive pure, sive sub conditione hæres institutus sit: nam jus hæredis* eo maxime tempore inspiciendum est, quo acquirit hæreditatem. Medio autem tempore inter factum testamentum et mortem testatoris, vel conditionem institutionis existentem, mutatio juris non nocet hæredi: quia ut diximus, tria tempora inspici debent* (1). *Testamenti autem factionem non solum is habere videtur, qui testamentum facere potest; sed etiam qui ex alieno testamento vel ipse capere potest, vel alii acquirere, licet non possit facere testamentum. Et ideo furiosus, et mutus, et posthumus, et infans, et filiusfamilias, et servus alienus, testamenti factionem habere dicuntur. Licet enim testamentum facere non possint; attamen ex testamento vel sibi, vel alii acquirere possunt.*

COMMENTARIUS.

1 Expositis generibus et differentiis hæredum, pergit ad id, cujus cognoscendi causa differentiæ istæ præcipue traditæ fuerunt, videlicet ad ipsam hæreditatis jure delatæ acquisitionem; et quia in hæredibus ad acquirendam hæreditatem necessario requiritur, ut sint hæredita-

(1) *L. 22. tit. 3. P. 6. vers.* Pero.

tis capaces; merito primum docet; quibus temporibus capacitas illa inspicienda sit, ut hæreditatem sibi delatam obtinere possint.

2 (*Sive ii, qui in potestate eorum sunt*). Cum servorum, qui ipsi per se incapaces sunt, institutio sustineatur ex persona domini, cum quo testamenti factio est, *l.* 31. *de hæred. inst.* consequens omnino est testamenti factionem iisdem temporibus cum domino esse oportere, servo ejus hærede instituto, quibus oporteret, si ipse hæres institutus esset: proinde et facti testamenti tempore, et mortis testatoris. Huic tamen parti contradicere videtur Terentius Clemens *l.* 82. *de adq. hær.* Ait enim servum ejus, qui capere non potest, et hæredem institui posse, et eum ipsum, si, antequam jussu domini adeat, manumissus sit, ad hæreditatem admitti. Verum ut *totus iste locus et loci inscriptio* ostendunt, non loquitur Clemens de servo ejus, qui omnino non est capax, aut cum quo simpliciter non est testamenti factio, qualis est peregrinus, aut deportatus (nam et hunc nihil prohibet servum habere, *l.* 7. *de legat.* 3.): sed de servo ejus, cum quo quidem ut cive Romano testamenti factio est, sed qui capere non potest ex ejus testamento, qui servum instituisse proponebatur. Erant enim inter cives, qui ex quorundam testamentis aut nihil aut partem tantum capere poterant, ut cœlibes, orbi. Aliter respondet Cujac. ad *l. si alienum* 49. §. 1. *de hæred. inst.*

3 (*Duobus temporibus, testamenti facti, et mortis testatoris*). Mox tamen adjicit et tertium tempus, scilicet quo adeunda hæreditas: uti et Jurisconsultus *l.* 49. §. 1. *de hæred. instit.* De duobus temporibus testamenti et mortis testatoris, res expedita est. Nam testamenti tempus ideo necessario inspiciendum est, ut consistat institutio, nimirum propter regulam Catonianam, quæ initium spectari vult, nec patitur, institutionem, quæ ab initio non valuit, ex post facto convalescere, *toto tit. de reg. Caton.* Mortis vero ideo, ut effectum habeat institutio, hoc est, ut dies ejus utiliter cedat: quod fit, si quis sit eo tempore, cui hæreditas utiliter deferatur, quique eam adeundo sibi acquirere possit, *l.* 52. *de legat.* 2.

4 (*Hoc amplius et cum adit hæreditatem &c. sive pure, sive sub conditione institutus sit*). Ita quoque Jurisconsultus in *d. l.* 49. §. 1. nimirum ergo Imper. et Jurisconsultus hoc ajunt, præter priora duo tempora testamenti scil. et mortis testatoris, etiam adeundæ hæreditatis tempus, circa capacitatem hæredis spectari, sive pure, sive sub conditione instituti. Mihi vero hoc inconsideratius dictum videtur, et sive pura sit institutio, sive conditionalis, tempus adeundæ hæreditatis in consideranda capacitate hæredis non bene constitui terminum distinctum à tempore mortis aut conditionis existentis. Primum enim ubi pura institutio est, nego plura tempora in proposito spectari,

quam duo illa, testamenti facti, et mortis testatoris: tempus autem adeundæ hæreditatis à tempore mortis ajo distingui non oportere. Quod sic demonstro. Hæres pure institutus aut incapax tempore mortis invenitur, aut capax. Si incapax, frustra quæritur de ejus capacitate tempore aditionis hæreditatis, cum qui capax non est tempore mortis, etsi postea capax fiat, hæreditatem acquirere non possit: quod ipsum etiam *hoc loco* et *d. l.* 49. §. 1. aperte significatur, cum ad hoc ut effectum habeat institutio, requiritur, ut institutus capax sit tempore mortis: neque ratio juris aliud patitur, secundum quam constat, tempus aditionis cum tempore mortis conjungi, *l.* 54. *de adq. hær. l.* 193. *de div. reg. jur.* Si est capax, et deinde hæreditate nondum adita incapax factus, post aliquanto in pristinam causam restitutus sit, hic quidem temporis adeundæ hæreditatis tanquam tertii extremi ratio aliqua haberi poterat; cæterum non haberi, ac ne sic quidem hæreditatem instituto acquiri posse, ex eo evincitur quod in pura institutione unum tantum tempus intermedium est, quo hæredi mutatio juris non noceat, tempus scilicet, quod intercedit inter factum testamentum, et mortem testatoris: ex quo porro hoc sequitur, in pura institutione duo tantum esse extrema, quæ circa capacitatem hæredis considerentur, tempus testamenti conditi, et mortis testatoris, per *hunc text. vers. medio autem, et d. l.* 49. §. 1. *vers. eod.* Denique certum est, non tantum mortuo hærede instituto, sed etiam eo incapace facto, puta deportato ante aditam hæreditatem, statim locum fieri substitutis, aut hæredibus ab intestato, *l.* 3. §. 1. *de his quæ pro non script.*

5. Sed nec in conditionali institutione recte dicitur, circa capacitatem hæredis inspici tempus aditionis; sed præter duo priora inspicitur etiam tempus existentis conditionis, ita ut tria quidem hic sint extrema, sed præter tempus testamenti et mortis, tum inspicitur existentia conditionis, non etiam tempus adeundæ hæreditatis; alioqui enim dicendum foret, quod inauditum est, in conditionali institutione quatuor tempora distincte consideranda esse, testamenti, mortis, conditionis existentis, et quo aditur hæreditas: siquidem conditio existens hæredem scriptum jure hæredem non facit, sed tantum institutionem purificat, ut ad acquirendam extraneo hæreditatem nihilominus adhuc opus sit aditione. ¿Quid quod nec Imperator ipse, aut Jurisconsultus *d. loco* plura tempora in conditionali institutione agnoscunt, quam tria ista, quæ diximus? Ajunt enim, medio tempore inter factum testamentum et mortem testatoris vel conditionem institutionis existentem, mutationem juris non nocere hæredi. Quod si tempus adeundæ hæreditatis quoque eodem modo spectaretur, addere debebant, æque medio tempore inter conditionem existentem et aditionem hæreditatis, mutationem juris hæredi non

obesse. Effectum igitur est, tempus aditionis hæreditatis neque in pura institutione constituere terminum tertium, neque in conditionali quartum: ac proinde parum considerate tempus illud *hoc loco* confertur cum prioribus.

6 Dicendum est itaque, eo quod *hic* traditur de inspicienda capacitate hæredis etiam quo tempore de adeunda hæreditate agitur, nihil aliud significari, quam eum, qui isto tempore capax non est, licet cæteris temporibus capax fuerit, hæreditatem adeundo acquirere non posse; et quamvis hæc monitio pene inepta videatur, cum contradictoria sint, incapacem esse, et posse acquirere hæreditatem, tamen non alium illorum verborum sensum esse patet ex eo, quod cum de extremis agitur, et intermediis, quæ non nocent, temporibus, tempus adeundæ hæreditatis inter ea extrema non agnoscitur, utpote quo capacem esse hæredi nihil prosit, si aliquando aut post mortem testatoris, aut post conditionis existentiam incapax fuerit.

7 (*Ex alieno testamento capere*). Testamenti factione duplex jus continetur, faciendi testamentum, et ex testamento capiendi. Hinc vulgo DD. testamenti factionem dividunt in activam et passivam: et de hac exaudiendus Justinian. in *hoc text*. Vide quæ diximus in §. 6. *de testam. ord.*

8 "In Hispania, si liberi „fuerint hæredes instituti à pa„rentibus, valida institutio erit „si cum liberis sit testamenti fa„ctio quo tempore testator mori„tur, licet facti testamenti tem„pore institui nequiverint, *l.* 22. „*tit.* 3. *P.* 6. Cessat igitur hoc „casu regula Catoniana."

TEXTUS.

De jure deliberandi, et de beneficio inventarii.

5 *Extraneis autem hæredibus deliberandi potestas est de adeunda hæreditate, vel non adeunda* (1). *Sed sive is, cui abstinendi potestas est, immiscuerit se bonis hæreditatis; sive extraneus, cui de adeunda hæreditate licet, adierit: postea relinquendæ hæreditatis facultatem non habet, nisi minor sit xxv. annis. Nam hujusmodi ætatis hominibus, sicut in cæteris omnibus causis, deceptis, ita et si temere damnosam hæreditatem susceperint, Prætor succurrit. Sciendum est tamen, Divum Hadrianum etiam majori xxv. annis veniam dedisse, cum post aditam hæreditatem grande æs alienum, quod aditæ hæreditatis tempore latebat, emersisset. Sed hoc quidem Divus Hadrianus cuidam speciali beneficio præstitit: Divus autem Gordianus postea militibus tantummodo hoc concessit. Sed nostra benevolentia commune omnibus subjectis imperio nostro hoc beneficium præstitit* (2): *et constitutionem tam æquissimam, quam nobilissimam scripsit, cujus te-*

(1) *L.* 1. *tit.* 6. *P.* 6.

(2) *L.* 5. *tit.* 6. *P.* 6.

norem si observaverint homines, licet eis adire hæreditatem, et in tantum teneri, quantum valere bona hæreditatis contingit: ut ex hac causa neque deliberationis auxilium sit eis necessarium, nisi omissa observatione nostræ constitutionis, et deliberandum existimaverint, et sese veteri gravamini aditionis supponere maluerint.

COMMENTARIUS.

1 Hæres suscepta hæreditate in jus et locum defuncti succedit, eumque in omnibus, quæ personæ non cohærent, repræsentat, *l.* 37. *de adquir. hæred. l.* 62. *de div. reg. jur.* cum *simil.* Hoc autem cum dicimus, intelligimus, hæredem succedere non tantum in jus, quod defunctus habuit adversus alios; verum etiam in id jus, quo defunctus aliis tenebatur: in summa hæredem tam onerum et incommodorum successorem esse, quam commodorum hæreditariorum; ac proinde obligari eum etiam æri alieno defuncti, eoque nomine à crediditoribus hæreditariis conveniri posse, conventum iis respondere, eorumque actiones, quæ ex contractibus defuncti descendunt, suscipere cogi, etiamsi hæreditas solvendo non sit, *l.* 8. *de adquir. hær. l.* 2. *C. de hær. vel act. vendit* (1). Quæ cum ita sint, periculosum sane atque anceps est, hæreditatem aut adire statim, aut statim repudiare; illud ob periculum æris alieni, quod initio latere potest; hoc ne temere repudiando lucrosam hæreditatem amittamus. Cæterum adversus hujusmodi periculum duo remedia hæredibus cunctantibus comparata sunt, sive ex testamento sive ab intestato ad hæreditatem vocatis; ac proposita non extraneis tantum de adeundo aut repudiando, sed etiam suis hæredibus de immiscendo aut abstinendo cogitantibus, *l.* 9. *de jur. delib. l.* 19. *C. eod.* (2). Unum vetus est, jus deliberandi, de quo in *pr. hujus* §. alterum novum à Justiniano primum introductum, beneficium scilicet inventarii, quod indicatur *vers. Sed nostra.*

2 Quod attinet ad jus deliberandi, sciendum est, id non tantum hæredis gratia comparatum esse, sed eorum quoque, quorum interest hæreditatem statim aut adiri aut repudiari, puta creditorum, substitutorum, eorumve, qui ab intestato venire possunt. Quin etiam hoc remedio, si nemo istorum sit, qui urgeat, non admodum hæredi opus est: quippe cui liberum, tandiu hæreditatem amplecti, quandiu eam non recusaverit, *l.* 9. *C. de jur. del.* neque enim tempus ullum adeundæ hæreditati legibus præstitutum est; et si aliquo tempore, solum longissimo, id est, præscriptione 30. annorum, jus hæredis excluditur, DD. comm. *per l.* 3. *C.*

(1) *Pr. tit.* 6. *P.* 6. *l.* 10. *eod. l.* 1. *tit.* 3. *eod.*

(2) *L.* 2. *d. tit.* 6. *P.* 6.

de præscript. 30. *ann.* Cæterum si sint qui urgeant, hic prædictum remedium hæredi neccessarium est, nisi paratus sit statim aut hæreditatem suscipere, aut possessionem bonorum pati, aut aliorum successionem, *l.* 23. §. 2. *de hæred. instit. l.* 69. *de adq. hær.* Hæc enim tunc ei optio datur, ut aut statim respondeat hæres necne esse velit, aut tempus ad deliberandum petat, *l.* 9. *C. de jur. delib.*

3 Tempus hoc olim positum erat in potestate jus dicentis, qui pro arbitrio suo deliberationem petenti, diem præstituebat, *l.* 1. *in fin. de jur. delib.* non utique ut ex libidine sua id faceret, sed ut pro prudentia sua statueret tempus moderatum, *d. l.* 9. *C. eod.* quantum scilicet sufficere videretur ad cognoscendas facultates defuncti: nec pauciores daret, quam centum dies, *l.* 2. *eod. tit.* Justinianus summum tempus, si à Principe deliberatio petatur, annum esse voluit; si à Judicibus, novem menses, *l. ult.* §. 13. *C. eod.* (1). Impetrato tempore ad deliberandum, licet hæredi interea explorare vires patrimonii defuncti: petere ut rationum defuncti, et instrumentorum hæreditariorum inspiciendorum sibi copia fiat, ut instruere se possit, atque apud se constituere expediat necne agnoscere hæreditatem, *l.* 5. *eod. l.* 28. *de adquir. hær.* (2). Quod si intra diem præstitutum hæreditatem non agnoverit, respectu substituti aut hæredis legitimi hæreditas pro repudiata habetur, *l.* 69. *de adquir. hæred.* creditoribus autem obligatur perinde ac si adiisset, *d. l. ult.* §. *pen. C. de jur. del.* nimirum prout utile ei est, ad cujus instantiam tempus est præfixum, ita silentium deliberantis pro aditione, aut repudiatione haberi debuit. A Justiniano hoc etiam hæredibus tributum, ut intra annum, ex quo hæreditatem sibi delatam esse cognoverint, decedentes, cum ipsi eam nec adiissent, nec repudiassent, jus deliberandi aut adeundi intra tempus, quod ex eo anno reliquum est, in quosvis hæredes transmittat, *l.* 19. *C. d. tit.* (3).

4 (*Postea relinquendæ hæreditatis facultatem non habet, nisi minor sit*). Tempus deliberandi ab hærede prius petendum est quam hæreditatem adeat, aut se immisceat. Regula enim juris est, neminem posse hæreditatem semel sibi quæsitam, sive per aditionem sive per immixtionem, relinquere aut repudiare, *l.* 4. *C. de repud. hæred. l.* 10. *C. de jur. delib.* (4).

5 (*Sed nostra benevolentia commune omnibus hoc beneficium*). Justinianus beneficium, quod Gordianus militibus concesserat, commune fecit omnibus qui eo uti vellent. Est autem illud, quod vulgo appellatur *beneficium inventarii*; propterea quod confecto solemni rerum hæreditariarum in-

(1) *L.* 2. *tit.* 6. *P.* 6.
(2) *L.* 1. *eod. vers.* Otrosí.
(3) *D. l.* 2. *vers.* E por ventura.
(4) *D. l.* 1. *tit.* 6. *vers.* E este. *l.* 18. *eod. vers.* E otrosí.

ventario hæres hoc beneficium consequitur. Summa juris à Justiniano constituti, quod extat in *l. ult. C. de jur. de lib. et nov. 1. cap. 2.* (1), hæc est: ut hæres intra 30. dies, ex quo sibi delatam esse hæreditatem sciet, inventarium rerum omnium hæreditariarum inchoet, præsentibus Tabulariis (Accursius in *hoc verbum* ait: *Plura is pro singulari*) cæterisque, qui ad hujusmodi confectionem necessarii sunt, puta creditoribus, legatariis, eorumve procuratoribus; et si aliqui ex his abfuerint, adhibitis testibus non minus tribus: atque intra alios 60. dies perficiat, et subscribat, aut si subscribere nequeat, à speciali Tabulario ad hoc solum adhibendo testibus præsentibus subscribendum curet: unde intra tres menses à laudato initio numerandos consummandum est. Si autem à locis, in quibus res hæreditariæ, vel maxima earum pars posita est, hæredes abesse contigerit, tunc eis unius anni spatium conceditur, à morte testatoris numerandum, ad inventarii consummationem.

6 Inventario ita legitime confecto, consequitur beneficio Justiniani, ut ne ultra vires hæreditarias teneantur (2), neve actiones, quas ipse contra defunctum habuit, aditione confundantur: sed ut possit non minus quod sibi debebatur retinere, quam creditores extranei suum exigere: quorum neutrum hæredi tribuebatur jure veteri, *l. 8. de adq. hær. l. 75. de solut.* Confectum ab hærede fiduciario inventarium recte hæredi fideicommissario cedi; cessumque ei prodesse: aut si hæres non fecerit, ipsum sibi fideicommissarium teste facere, docet Bart. in *l. 11. §. 5. num. 9.* et 10. *ad leg. Falcid.*

7 (*Nisi omissa observatione nostræ constitutionis*). Etsi Justiniano visum est post introductum à se beneficium inventarii, antiquum jus deliberandi penitus esse supervacuum; tamen ut ipse testatur, motus plerorumque supplicationibus veteri remedio adhuc uti cupientium, jus illud liberum reliquit, *d. l. ult. §. 13. C. de jur. del.* Et vero cur relinqueret, magna causa fuit. Habet enim confectio inventarii hoc incommodum, quod necesse est detegi defuncti facultates; quod plerique omnes, si liceat, minime volunt. Deliberationem autem ita admittit, ut eam petentibus, et intra præfinitum tempus hæreditatem adeuntibus, hæc duo onera imposuerit, tanquam pœnam contempti beneficii sui: primum, ut creditoribus in solidum tenerentur, quamvis inventarium cum omni subtilitate, ut ipse loquitur, fecerint: alterum, ut si non fecerint inventarium, etiam beneficio Falcidiæ privarentur, *d. l. ult. §. pen.* Novissime hoc insuper cavit, ut hæres inventarium non conficiens solida legata præstet, etsi vires patrimonii excedant, *novell. 1. cap. 2.* (3). Plura ad in-

(1) *L. 5. d. tit. 6. P. 6.*

(2) *D. l. 5. l. 7. eod. vers.* E otra.

(3) *L. 10. d. tit. 6. P. 6.*

ventarium pertinentia qui nosse desideret, adeat Grass. *lib.* 2. *artic. inventarium, per totum*, Ayora *de partition. part.* 1. *à cap.* 2.

8 " In Hispania, qui ex libe-„ris defuncti fuerit, hæreditatem „sibi delatam ad hæredes suos „transmittet, etiamsi post ela-„psum deliberandi tempus, quod „obtinuerat, decesserit: non ita „si ex eis non fuerit, sed extra-„neus, *l.* 2. *tit.* 6. *P.* 6. Et annus, „qui ad consummationem inven-„tarii conceditur, secundum ea, „quæ modo tradidimus, non à „morte testatoris, sed à tribus re-„latis mensibus numeratur, *l.* 5. „*eod.*"

TEXTUS.

De acquirenda vel omittenda hæreditate.

6 *Item extraneus hæres testamento institutus, aut ab intestato ad legitimam hæreditatem vocatus, potest, aut pro hærede gerendo, aut etiam nuda voluntate suscipiendæ hæreditatis, hæres fieri. Pro hærede autem gerere quis videtur, si rebus hæreditariis tanquam hæres utatur, vel vendendo res hæreditarias, vel prædia colendo locandove: et quoquo modo voluntatem suam declaret, vel re, vel verbo de adeunda hæreditate* (1): *dummodo sciat, eum, in cujus bonis pro hærede gerit, testatum intestatumve obiisse, et se ei hæredem esse. Pro hærede enim gerere est pro domino gerere. Veteres enim, hæredes pro dominis appellabant. Sicut autem nuda voluntate extraneus hæres fit: ita contraria destinatione statim ab hæreditate repellitur* (2). *Eum, qui surdus vel mutus natus, vel postea factus est, nihil prohibet pro hærede gerere, et acquirere sibi hæreditatem: si tamen intelligit quod agit.*

COMMENTARIUS.

1 *Hic* §. ad suos hæredes non pertinet, sed ad extraneos duntaxat. Explicantur enim *hic* rationes proximæ, seu modi, quibus hæreditas acquiritur, aut ejus acquirendæ jus amittitur, quorum neutrum in suis hæredibus locum habet: quippe cum in hos dominium rerum paternarum, quod jam ante habebant, morte patris continuetur, dici non possunt aut acquirere hæreditatem, aut jure acquirendi excidere. Sane postquam Prætor his abstinendi facultatem dedit, desierunt quidem jure honorario esse necessarii, sui tamen hæredes patri esse non desierunt, et ipso momento mortis paternæ hæredes apparere, ut *superius* demonstravimus, et arguunt nomina, quibus in proposito Prætor, et Prudentes utuntur. Sui enim non dicuntur, *adire, cernere hæreditatem*, aut *pro hærede gerere, hæreditatemve repudiare*; quæ iis solis conveniunt, quibus res sive hæreditas tantum oblata est; sed *hæreditatem retinere, immiscere*

(1) *L.* 11. *eod.*

(2) *L.* 18. *eod.*

se, *aut abstinere*, *derelinquere*, quæ non dicuntur nisi de rebus partis et jam nostris, *l.* 11. *l.* 57. *l.* 87. *de adq. hær.* et passim *eod. tit.* Nam cum hæc, quod raro fit, nostri confundunt, ut in *l. ult. de success. edict. l.* 4. §. 1. *de fideic. lib. aliisque* minus accurate loquuntur. Non plures autem modi, quibus extraneis acquiritur hæreditas, *hic* proponuntur, quam duo, aditio, et pro hærede gestio sive geritio: sic enim appellatur à Jurisconsulto in *l.* 14. §. 8. *de relig.* Cretio enim nihil aliud fuit, quam solemnis aditio: de qua Ulp. in *fragm. tit.* 22. §. *cernere* 28. *et seqq. et* Brison. *lib.* 7. *de formul.*

2 (*Aut pro hærede gerendo, aut etiam nuda voluntate*). Omnis hæreditas, sive testamento delata sive ab intestato, hæredi extraneo acquiritur sola voluntate et animo, uti quisque hanc voluntatem de suscipienda hæreditate declaraverit. Declaratur autem hæc voluntas vel verbis, vel re aliqua et facto: quorum prius qui facit, adire; qui posterius, pro hærede gerere in usu juris dicitur. Unde duo genera acquirendæ hæreditatis, aditio, et pro hærede gestio, *l.* 25. §. 7. *l.* 69. *de adq. hær. l.* 19. *C. de jur. del.* Quibus in locis observare licet, genera hæc sic appellationibus distingui, ut neque qui adit dicatur pro hærede gerere, neque qui pro hærede gerit dicatur adire; quemadmodum etiam *hoc loco* ut diversa aperte distinguuntur, pro hærede gerere, et nuda voluntate hæreditatem suscipere.

3 Equidem fateor, nihil obstare verborum significationem, quominus qui pro hærede gerit dicatur adire, et qui adit pro hærede se gerere: ut hæc etiam postea confundere videtur Justinianus, et Jurisconsultus in *l.* 12. *de interr. in jur.* Sed distinctionis causa usus veterum hæc ita trivit, ut in diverso genere ponerentur: et adire diceretur, qui nuda testatione hæredem se profiteretur; pro hærede gerere, qui facto aliquo eandem voluntatem declararet. Neque hoc negat Ulp. *l.* 20. *de adq. hær.* cum ait pro hærede gerere non tam facti esse, quam animi. Hoc enim solum significat, ut quis pro hærede gessisse videatur, in eo non tam quid factum sit, quam quo animo factum sit, spectandum esse, ut *locus ipse* ostendit. Magis Paulus id negare videri potest *l.* 88. *de adq. hær.* ubi definit, eum pro hærede gerere, qui animo agnoscit successionem, licet nihil attingat hæreditarium. Sed apparet Jurisconsultum verbum attingendi strictius *eo loco* usurpare, negareque eum attingere, qui retinet domum pignori obligatam, ut hæreditariam: quæ tamen revera attingere constat: non quidem rem, quæ vere hæreditaria sit, sed quam ipse hæreditariam putabat; eoque tanquam facto aliquo, non nudis verbis, voluntatem declarari.

4 (*Si rebus hæreditariis tanquam hæres utatur*). Potest quis attingere res hæreditarias, ut tamen id non faciat quasi hæres, *d. l.* 20. *in pr. et* §. 1. *de adq. hær.*

¿Quibus igitur ex rebus in eo, quod ab hærede geritur, animus pro hærede gerendi deprehenditur? Ex multis sane. Finge, hæredem quid fecisse, quod citra nomen et jus hæredis facere non potuit, veluti si conditionis implendæ causa quid acceperit ex judicio testatoris, *d. l.* 20. §. 4. aut gessisse aliquid, quod non nisi hæres utiliter et cum effectu gerere potuit, puta servos hæreditarios manumisisse, *l.* 42. §. 2. *eod. tit.* eum, qui hæc facit, perspicuum est quasi hæredem facere, eoque et pro hærede gerere videri. ¿Quid si rebus hæreditariis usus sit, ædes inhabitaverit, agros coluerit aut locaverit, servis cibaria præbuerit, pecora, jumenta paverit, æs alienum solverit, res quasdam hæreditarias distraxerit? Creditur, suo potius nomine, quam alieno hæc fecisse, et in his omnibus gessisse pro hærede (1), nisi contra doceat, se nihil horum quasi hæredem fecisse; sed vel ut custodiret, aut quia sua putavit, aut quia quid fecit, dum deliberaret, ut res salvæ essent; ideoque in hujusmodi factis consultum est, initio hæredem testari, se quod facturus est, non facturum ut hæres esse velit, *d. l.* 20. §. 1. Plane si defunctum funeravit, ex eo solo non videbitur pro hærede gessisse: quia id officium humanitatis jure cuivis præstari potest. Majoris tamen cautionis est, si hic quoque protestetur, *l.* 14. §. 8. *de relig.* (2).

5 (*Dum modo sciat, testatum intestatumve obiisse, et se ei hæredem esse*). Duo requirit Imp. ut quis adeundo, aut pro hærede gerendo hæres fiat: unum est, ut sciat, defunctum aut testatum aut intestatum decessisse (3). Et prius igitur est, ut certus sit, eum decessisse: neque enim viventis ulla est hæreditas, *l.* 19. *l.* 32. *de adq. hær.* Deinde eum decessisse testatum, vel intestatum. Alterum est, ut sciat, se hæredem esse, id est, hæreditatem aut testamento aut ab intestato sibi delatam, et proinde etiam certus esse debet de conditione testatoris, an testamenti factionem habuerit, *d. l.* 32. §. *ult.* (4). Adhæc, etsi sciat, se hæredem institutum, sed utrum pure, an sub conditione, ignoret, non poterit adire hæreditatem, *d. l.* 32. §. 1.

6 (*Contraria destinatione statim ab hæreditate repellitur*). Eadem autem omnia in repudiante requiruntur, quæ in hæreditatem admittente, ut voluntatem declaret aut aperte verbis, puta ut dicat se hæredem esse nolle, scriptove aut nutu id testetur, *l.* 95. *de adquir. hær.* aut re aliqua et facto, unde ea voluntas colligatur (5): cujusmodi est, si hæres institutus idemque legitimus de testamentaria hæreditate nihil aperte statuens, legitimam aut adierit, aut repudiaverit: creditur enim, qui hoc fecit, eodem mo-

(1) *L.* 11. *tit.* 6. *P.* 6.
(2) *D. l.* 11. *tit.* 6. *P.* 6.
(3) *L.* 14 *d. tit.* 6. *P.* 6.
(4) *D. l.* 14.
(5) *L.* 18. *eod.*

mento testamentariam repudiasse, *l.* 17. §. 1. *l.* 77. *eod. tit.* (1). Et ut ea sciat, quæ *vers. præced.* recensuimus.

7 (*Qui surdus vel mutus natus, vel postea factus*). Hæc clara sunt. Quod si hæreditas delata sit ei, cujus nulla voluntas est, qualis est furiosus, curatori tradetur hæreditas administranda ea lege, ut si furiosus postea ad se redierit, ipse de ea suscipienda aut omittenda statuat: et omissa ad eos revertetur, ad quos remoto furioso perventura fuisset, uti etiam si in furore decesserit, *l. ult.* §. 3. et *seqq. C. de cur. fur.* ¿Quid si impubes sit, cui delata hæreditas? Quod hujus judicio deest, supplebit tutoris auctoritas, *l.* 49. *de adq. hær. l.* 9. §. 3. *de auct. tut. l.* 5. *C. de jur. del.* (2). In infante novum jus à Theodosio constitutum est, ut ipse tutor nomine infantis hæreditatem adire possit, *l.* 18. *C. d. tit.* (3). Quod si impubes in potestate sit, hic auctore patre recte adibit, *l.* 8. §. *ult. de adq. hæred.* (4). Neque obstat quod impubes, qui in potestate parentis est, ne auctore quidem patre obligatur, §. 9. *infr. de inut. stip. l. ult.* §. 2. *de obligat.* quia in proposito non obligatur ipse impubes, sed pater, cui hæreditatem acquirit. Cæterum in adventitia hæreditate dicendum est, ab illa regula recessum esse juniorum Principum constitutionibus, *d. l.* 18. §. *ult. C. de jur. del. l. ult.* §. 6. *C. de bon. quæ lib.* Donell. ad *d. l. ult.* §. 2. *num.* 7. *de verb. obligat.*

8 "In Hispania, ut tutor in-»fantis hæreditatem huic dela-»tam adire potest, ita et cura-»tor furiosi, *d. l.* 13. *tit.* 6. *P.* 6. »*vers.* Mas.

(1) *L.* 19. *tit.* 6. *P.* 6.

(2) *L.* 13. *d. tit.* 6. *Part.* 6. *vers.* E otrosí.

(3) *D. l.* 13. *tit.* 6. *Part.* 6. *vers.* Mas.

(4) *D. l.* 13. *vers.* E si el menor.

FINIS TOMI I.



José Asennio








colorchecker CLASSIC
calibrite
mm